جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بطنطا

ضوابط

مبدأ عدم رجعية القوانين

دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى

للدكتور

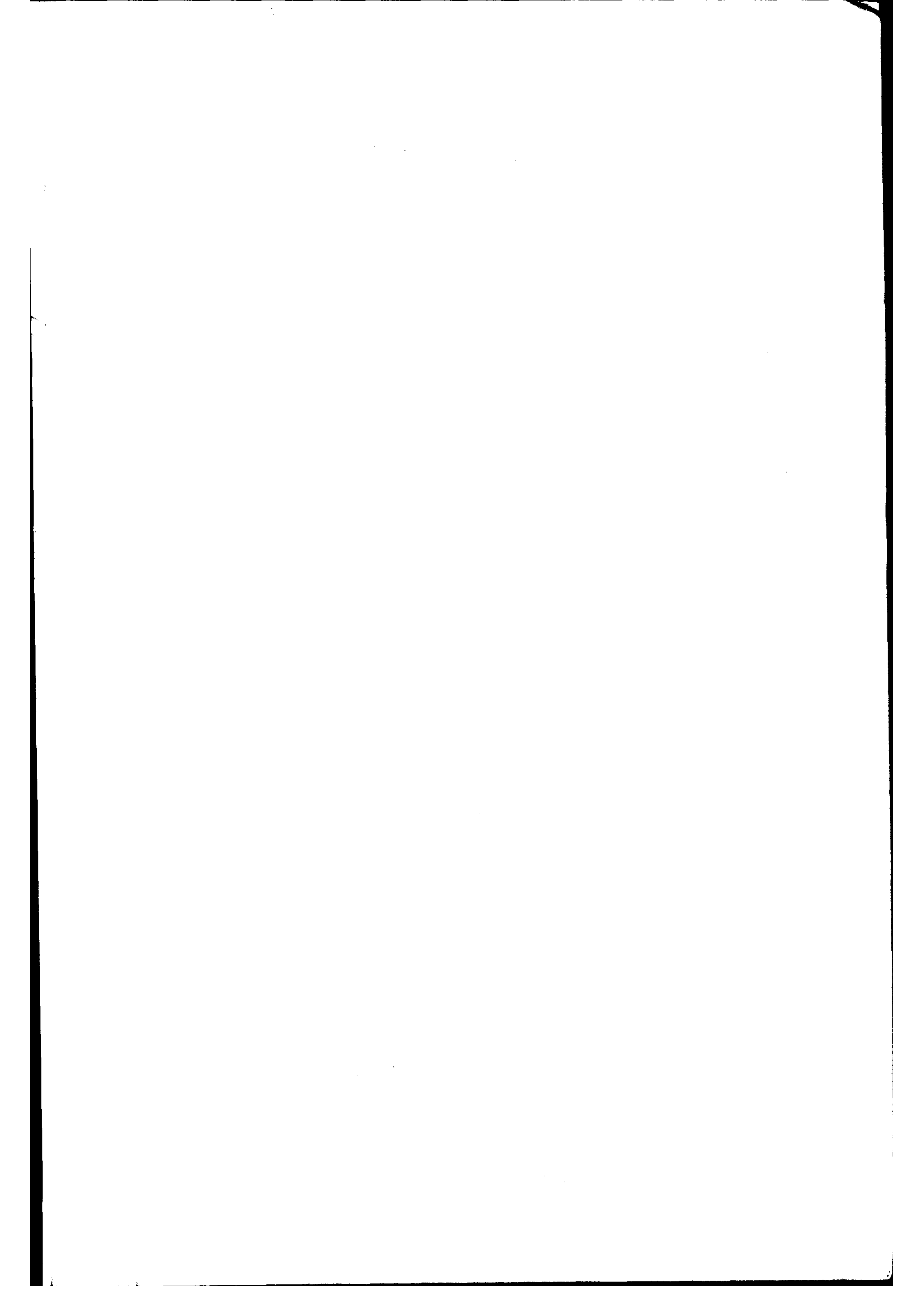
اسماعيل عبدالنبى عبدالجواد شاهين

أستاذ القانون المدنى المساعد فى الكلية

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٥م

الناشر
دار النهضة العربية
للطباعة والنشر والتوزيع
٣٢ش عبدالخالق ثروت - القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الشريعة الغراء ، الذى أرسله الله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون ، وعلى آله وأصحابه ومن تمسك بشريعته وهديه الى يوم القيامة والدين .

وبعـــد

فمن المسلم به أن تطبيق القانون يفرض على الناس تنظيم سلوكهم وفقا لأحكامه ، وعلى السلطتين التنفيذية والقضائية إجبار الأفراد على احترام قواعد القانون . ولئن كان كل تشريع وضعى يتضمن- فى الغالب الأعم - أحكاما لحالات نموذجية مجردة يراد تطبيقها على أشخاص ووقائع تتوافر فيها أوصاف وشروط معينة . فإن تطبيق كل قانون على الحالات الواقعية يستوجب ضمن ما يستوجب- بيان الشروط والأوصاف التى يجب توافرها لتطبيق حكم القانون ، ومن أهم هذه الشروط والأوصاف ما يتعلق بالزمان الذى تحدث فيه الواقعة التى ينطبق عليها القانون ، والزمان الذى يصدر فيه الحكم القضائى الخاص بالواقعة القانونية ، خاصة إذا كان القانون الذى يحكم الواقعة قد تغير بالإلغاء أو التعديل ، بمعنى أن القانون الذى يحكم الواقعة أو آثارها وقت الحكم قد يختلف عن القانون الذى كان يحكمها عند وقوع الواقعة لتغيير القانون أو تعديله.... الخ ، فهل نطبق القانون الذى نشأت الواقعة فى ظله أم نطبق القانون الجديد الذى حل محل القانون السابق أى هل يمتد القانون فى تطبيقه الى ما بعد إلغائه ؟ أم أن القانون الجديد هو الذى يحكم ما يتولد من آثار تحدث فى ظله ، فيسرى من تاريخ نفاذه فقط وهو ما يسمى بمبدأ " عدم رجعية القانون " ؟ .

وهذا المبدأ يثير مشاكل عديدة وصعوبات كبيرة فى التطبيق مما حدا بالفقه إلى إعمال قريحته فى هذا الشأن فظهرت مؤلفات عديدة فى صورة نظريات فقهية حاولت إيجاد حل لهذه الصعوبات، إلا أن الفقه لم يكن فيما شيده من نظريات إلا مترسما خطى القضاء وتفسير أحكامه ، وكان يأمل أن تتفق نظرياته مع أحكام القضاء فى القضايا التى عالجها ، إلا أنه لم يصل إلى الحد الذى يجعل نظرياته بمثابة ضوابط دقيقة لحل المشاكل المتعلقة بمبدأ " عدم رجعية القوانين " ، ومع ذلك كان لهذا الفقه وخاصة الفقه الفرنسى والمصرى فضل كبير فى إمداد المحاكم بمعايير قانونية تحكم هذا المبدأ استند إليها القضاء فى كثير من أحكامه وكانت الأساس الرئيسى لمعظم الأحكام التى عالجت موضوعات متصلة بمبدأ " عدم رجعية القوانين " طبقا لما كان يمليه عليه شعوره بالعدالة وخاصة من حيث استعمال القضاء للإصطلاحات القانونية الفقهية التى كثيرا ما يلجأ اليها لتأييد أحكامه وتوثيقها .

وإزاء عجز الحلول الفقهية والقضائية عن حل ناجح لمشكلة مبدأ " عدم رجعية القوانين " لم يجد المشرع المصرى بدا من التدخل بوضع حلول عامة لبعض المشاكل التى يثيرها هذا المبدأ ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف فى حلها ، بيد أنه لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى مكان واحد ، وإنما وزعها على التقنينات المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لحله من مشاكل .

كما أن الفقه الإسلامى قد عالج مبدأ " عدم رجعية القوانين " بمنهج مستقل وضوابط محددة من خلال القواعد الفقهية المتفرعة فى كتب الفقهاء ومختلف المذاهب الاسلامية ، وكتب التفسير ، ومراجع التاريخ الاسلامى ، ولم لا وعلماء المسلمين متفقون – بحق – أنه لا توجد قضية من قضايا الوجود الإنسانى إلا وللإسلام فيها حكم منذ سطوعه على عالم البشرية .

وهذا ماسنعالجه فى هذا البحث فى القانون المصرى والفقه الإسلامى ، ولا ندعى فى هذا البحث بلوغ الكمال فأنا أول من يستشعر مواطن القصور فيه ، ولولا إدراكى أن هذا البحث قد يسد فراغا فى المكتبة القانونية المصرية ماستطعت خوض غماره ، فإن

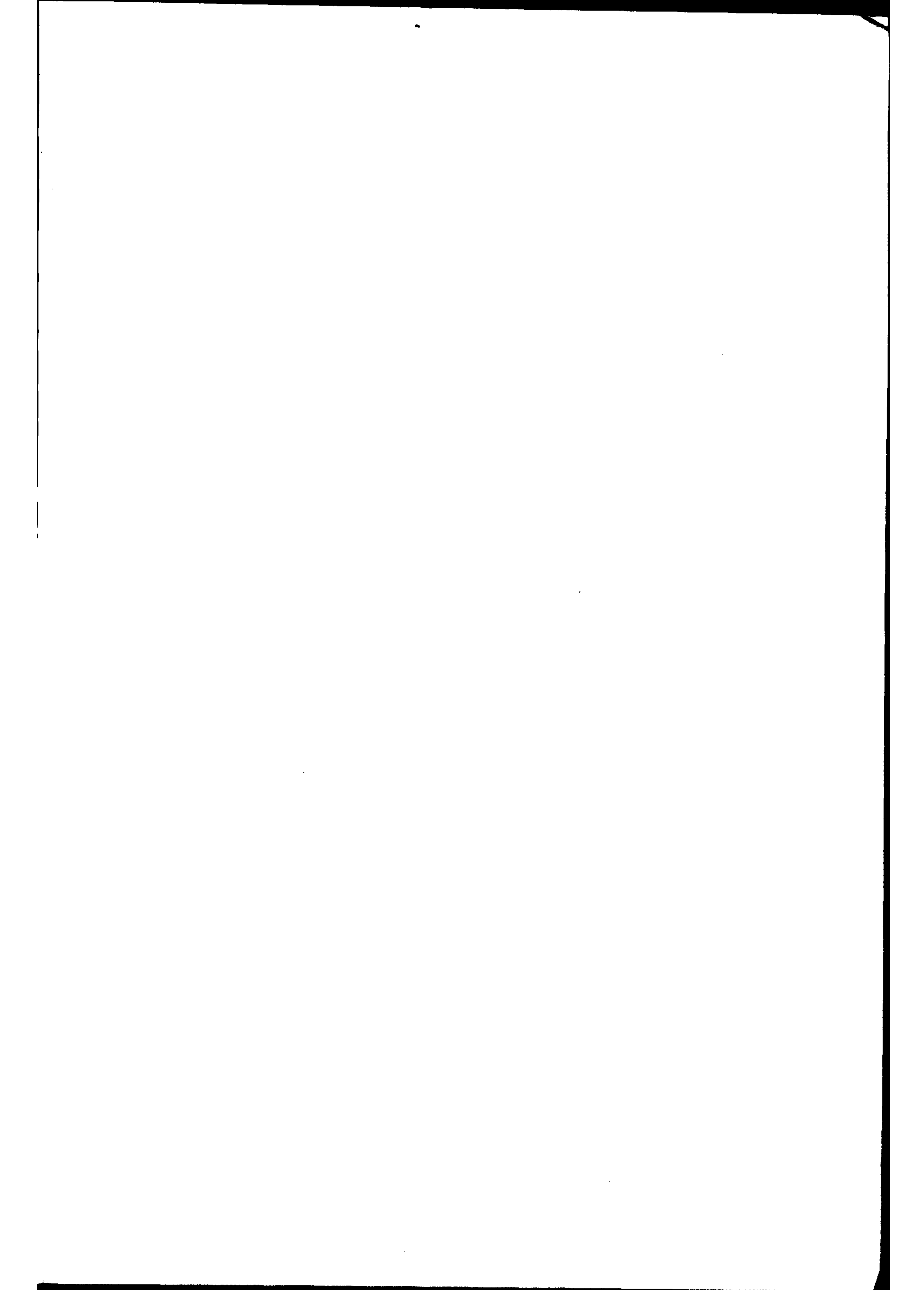
أكن وفقت فيه ففضل من الله ومنه وإن لم أكن كذلك فشفيعى أننى ما قصرت ولا آليت جهدا فى سبيل إتمامه .

والله أرجو أن يوفقنى لخدمة شرعه فى صدق وأمانة وأن يوفر لى سبيل هذا البحث المتواضع .

﴿ ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير ﴾

صدق الله العظيم

د . اسماعيل عبدالنبى شاهين



تقديم

١- أهمية البحث وأهدافه :

من المسلم به أن أى نزاع يقع بين طرفين - إذا مارفع الأمر إلى المحكمة المختصة بنظره يتحول إلى قضية ينبغى على القضاء أن يبت فيها وفقا لقواعد القانون ، إذ القانون وضع ليؤخذ الناس بأحكامه ، أى ليطبق على منازعاتهم سواء رضوا بحكمه أم لم يرضوا ، والقاضى وهو بصدد الفصل فى منازعات الأفراد المختلفة، إنما يطبق القانون على وقائع النزاع ، ومن ثم فهو يتثبت من واقعة معينة ثم بعد ذلك يطبق عليها حكم القانون ، والمبدأ الذى يحكم الخطوة الأولى قد يتصادم مع المبدأ الذى يحكم الخطوة الثانية، إذ أن كيفية تطبيق القواعد القانونية تتعلق تعلقا وثيقا بزمان تطبيقها، لأن الوقائع التى تقع فى المجتمع ويرتب عليها القانون آثارا معينة : قد تحدث وتنتهى فورا ، وقد يستمر تكوينها أو ترتيب آثارها مدة طويلة من الزمن ، ولا تسبب الوقائع من النوع الأول أية مشاكل قانونية مهمة بشأن تطبيق القانون الذى نشأت وانتهت فى ظله تلك الوقائع ، إذ يطبق القانون على الواقعة التى حدثت فى ظله ورتبت آثارها فى وجوده .

ولنضرب بعض الأمثلة التى لا يثار بشأنها أية صعوبة وفقا للمفهوم السابق :

(أ) كان القانون المصرى القديم يقضى بنقل ملكية العقار والمنقول بمجرد العقد ، وحين صدر قانون التسجيل عام ١٩٢٣ جعل البيع لا ينقل ملكية العقار إلا بالتسجيل ، فلو اشترى شخص عقارا قبل العمل بقانون التسجيل ، تنتقل اليه ملكية هذا العقار بمجرد العقد دون حاجة الى تسجيل لأن العقد تكون ورتب أثاره فى ظل القانون القديم الذى لم يكن يتطلب التسجيل ، ولا شأن للقانون الجديد بانتقال ملكية هذا العقار الى المشترى .

(ب) إذا ارتكب شخص جريمة وقدم للمحاكمة ووقعت عليه العقوبة المقررة فى القانون على هذه الجريمة ، ثم صدر قانون جديد

يشدد عقوبة هذه الجريمة فإن أحكام القانون القديم هى التى تطبق على الواقعة التى حدثت ورتبت آثارها فى ظله ، ولا أثر للقانون الجديد بالنسبة للحكم الذى صدر فى الدعوى .

(جـ) إذا وضع شخص يده على عقار مدة خمس عشرة سنة - وهى المدة المطلوبة قانونا لاكتساب الملكية بوضع اليد فى مصر - فإنه يتملك العقار بمضى هذه المدة ، فإذا صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم عشرين سنة بدلا من خمس عشرة سنة فإن صدور القانون الجديد لايؤثر على اكتساب ملكية هذا الشخص للعقار بمضى خمسة عشر سنة لأن واقعة وضع اليد تمت وترتب عليها أثرها فى ظل القانون القديم ، فتستمر الملكية دون أن تتأثر بصدور القانون الجديد ، وليس للمالك الحقيقى أن يحتج بعدم إتمام المدة المقررة فى القانون الجديد .

إلى هنا والأمر بسيط ، غير أن تطبيق القواعد القانونية لا يعرض دائما بمثل هذه البساطة ، إذ أن كثيرا من الأوضاع أو العلاقات القانونية ما يمتد فى نشوئه أو فى توليد آثاره فترة من الزمن بحيث تنشأ العلاقة أو الواقعة أو تبدأ فى النشوء فى ظل قاعدة قانونية ولا يكتمل تكوينها أو يتم ترتيب آثارها إلا بعد صدور قاعدة قانونية أخرى حلت محل القانون السابق ، من هنا تدخل الواقعة أو العلاقة من حيث تكوينها فى النطاق الزمنى لقانون معين، بينما تدخل من حيث آثارها فى النطاق الزمنى لقانون آخر ، ولذلك ثار التساؤل ، هل القانون القديم هو الذى يحكم مالم يتم تكوينه من الوقائع إلا فى ظله وآثارها ، أى يمتد فى تطبيقه الى مابعد إلغائه ؟ أم أن القانون الجديد هو الذى يحكمها فينعطف على الماضى ؟

ولتوضيح هذا الأمر نورد بعض الأمثلة :

(أ) إذا أوصى شخص لوارث فى ظل قانون يجعل نفاذ الوصية معلقا على إجازة باقى الورثة ، وقبل أن يموت الموصى صدر قانون جديد يجعل الوصية بالثلث نافذة فى حق باقى الورثة دون توقف على إجازتهم ، فهل يؤخذ بحكم القانون الجديد ، أم تبقى هذه الواقعة القانونية التى نشأت فى ظل القانون القديم محكومة بهذا القانون ؟ .

(ب) قبل صدور قانون المجالس الحسبية سنة ١٩٢٥م كان سن الرشد ثمان عشرة سنة ، ولكن القانون المذكور رفع هذه السن الى إحدى وعشرين سنة ، فما هو الحكم بالنسبة لمن بلغ سن الرشد فى ظل القانون القديم ولكنه يعتبر قاصرا فى ظل القانون الجديد ؟ أى لم يبلغ إحدى وعشرين سنة ، كما لو كان قد بلغ عشرين سنة عند صدور القانون الجديد ، فهل يعتبر بالغا ومتمتعا بأهليته التى اكتسبها فى ظل القانون القديم ، أم يعود قاصرا طبقا للقانون الجديد ؟ وما حكم التصرفات التى أبرمها هذا الشخص قبل نفاذ القانون الجديد ؟

(جـ) كان التقنين المدنى الملغى يبيح الاتفاق بين المقرض والمقترض على فائدة للقرض فى حدود ٨٪ ، فإذا أقرض شخص آخر قرضا بفائدة ٨٪ واستمر عقد القرض بينهما إلى أن صدر القانون المدنى الحالى الذى خفض الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية الى ٧٪ ، فهل يطبق القانون الجديد على الفوائد التى تستحق بعد صدوره ، أم يستمر المدين (المقترض) ملتزما بدفع فائدة مقدارها ٨٪ حسب القانون القديم على أساس أن آثار العقد تستمر خاضعة للقانون القديم الذى نشأ العقد فى ظله ؟

(د) إذا كان هناك قانون يقضى بسقوط الدعوى بمضى ثلاث سنوات ثم صدر قانون جديد قبل انتهاء مدة الثلاث سنوات يقضى بجعل المدة خمس سنوات ، فهل يسقط حق الدائن بانقضاء الثلاث سنوات دون أن يطالب به ، أم تصبح مدة مرور الزمان بالنسبة له خمس سنوات ؟

(هـ) إذا تزوج شخص فى ظل قانون يعطى الحق للزوج فى أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ووقتما يشاء (كما هو الشأن فى أحكام الشريعة الإسلامية) ثم صدر قانون جديد أثناء قيام هذا الزواج لا يجيز إيقاع الطلاق إلا بحكم القاضى - مثلا - فهل يبقى لهذا الزوج الحق فى الطلاق وفقا للقانون القديم الذى تم الزواج فى ظله ؟ أم يطبق عليه القانون الجديد فلا يقع الطلاق إلا بحكم القاضى ؟

وإزاء هذه المشاكل القانونية التى يثيرها مبدأ " رجعية أو عدم رجعية القوانين " كان لزاما على الفقه والقضاء والتشريع أن يبحث عن حل لمثل هذه المشاكل ، ووجد الجميع بغيتهم فى مبدأ أساسى هو " مبدأ عدم رجعية القوانين " أى أن القانون لا يسرى على ما تم قبل صدوره ، إلا أن بيان " ماتم من وقائع " أمر غير متفق عليه ، وتشعبت بشأنه وجهات النظر مما حدا بنا إلى اختيار هذا الموضوع ليكون مجال بحثنا نعرض من خلاله للحلول الفقهية والتشريعية والقضائية لما يثيره هذا المبدأ من صعوبات خاصة وقد غدت هذه الصعوبات فى الطليعة من مشاكل تطبيق القانون بعد أن نشطت حركة التشريع فى العصر الحديث لمعالجة المشاكل الاقتصادية الضخمة فى ظل الانفتاح الاقتصادى الحالى .

٢- خطة البحث :

سأقوم بتوفيق من الله عز وجل - بمعالجة هذا البحث فى أربعة فصول :

الفصل الأول : مبدأ عدم رجعية القوانين وضرورته وأهميته ومنشأ الصعوبة فى تطبيق المبدأ .

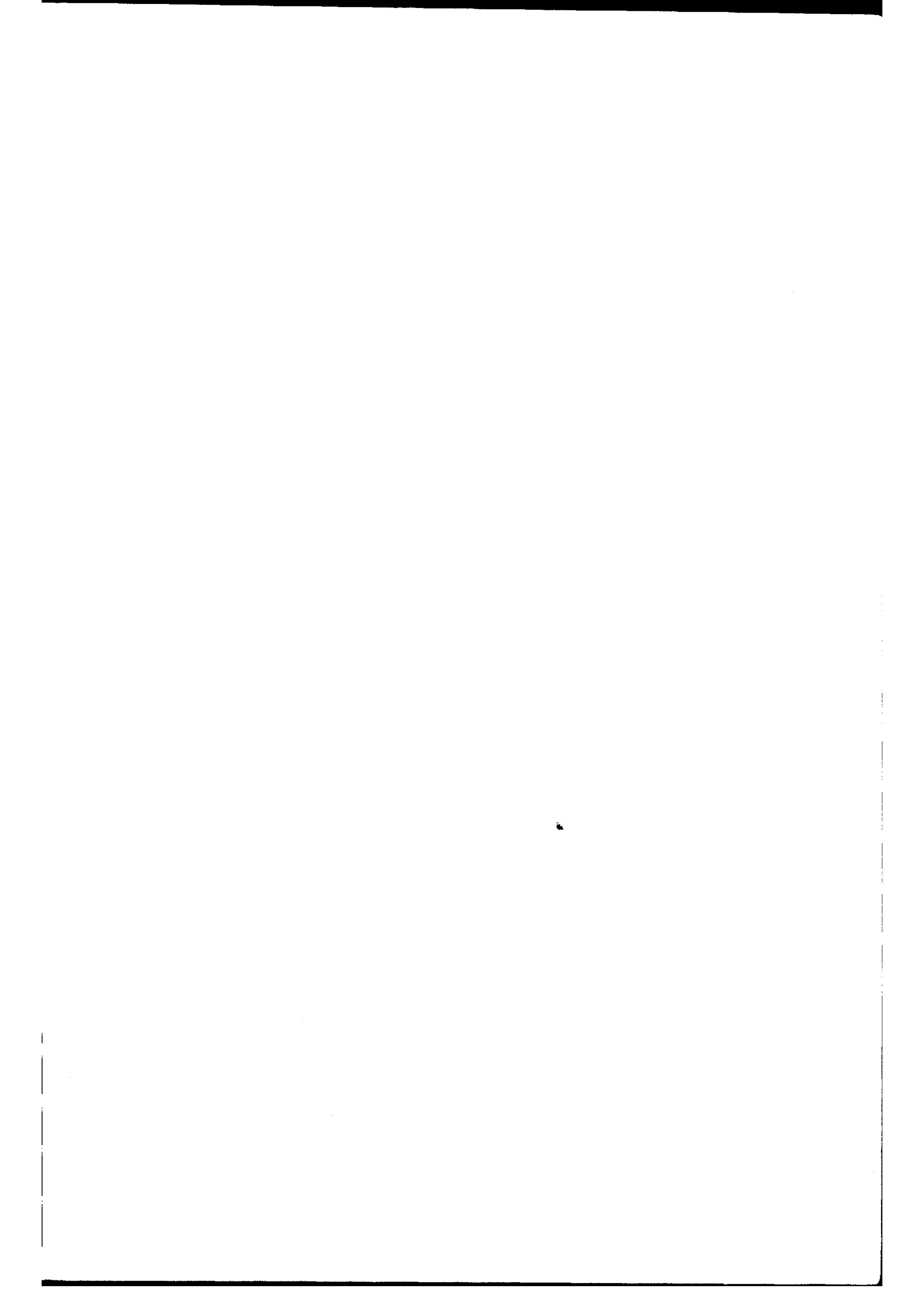
الفصل الثانى : كيفية تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين من خلال النظريات الفقهية .

الفصل الثالث : أهم الحلول التشريعية والقضائية لمبدأ عدم رجعية القوانين .

الفصل الرابع : موقف الفقه الإسلامى من مبدأ عدم رجعية القوانين .

الفصل الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين وضرورته وأهميته
ومنشأ الصعوبة فى تطبيقه



الفصل الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين وضرورته وأهميته ومنشأ الصعوبة فى تطبيقه

المبحث الأول

مضمون مبدأ عدم رجعية القوانين

٣- المبدأ ونطاقه :

يقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين - Principe de la non Retroactivite des lois عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضي واقتصارها على حكم الوقائع والتصرفات التى تحدث فى المستقبل منذ صيرورتها نافذة الى أن تلغى صراحة أو ضمنا (١) ، أما ما حدث من وقائع وتصرفات قبل صدور القانون الجديد فلا شأن للأخير به ، بل يظل محكوما بالقانون الذى نشأت تلك الوقائع والتصرفات فى ظله ، ويعبر عن ذلك بأن " القانون ليس له أثر

---

(١) أنظر : د. توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية ١٩٨١ ص ٣١١ ، د. سليمان مرقص - الوافى فى شرح القانون المدنى جـ١ - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة السادسة ١٩٨٧ ص ٢٤٢ ، د. حسن كيره - المدخل الى القانون - الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٣٤٠ ، د. عبدالرزاق السنهورى ، د. حشمت أبوستيت - أصول القانون ط ١٩٥٢ ص ١٨٧ ، د.سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ط ١٩٧٣ ص ٦٥٣ ، د. عبدالناصر العطار - مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ ص١٩٩ ، د. عبدالودود يحيى - دروس فى مبادئ القانون ط ٨٢/٨٣ ص ١٣٤ ، د.احمد سلامة - المدخل لدراسة القانون ط١٩٦٣ ص٢١٠ ، د. نعمان جمعة - المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٧ ص ٢٣٦ ، د. عبدالمنعم البدراوى مبادئ القانون ط١٩٨٢ ص١٣٥ .

رجعى " (١) ، أى أن القانون يحكم ما يجد من الوقائع القانونيـة بعد العمل به ولا ينطبق على ماسبق حدوثه من علاقات قانونية قبل العمل بأحكامه . (٢)

وهذا المبدأ : مبدأ قديم مشهور ، وأصبح مقررا اليوم فى معظم القوانين والتشريعات الوضعية المعاصرة ، ويعتبر من المبادئ التى اكتسبتها الإنسانية بعد كفاح طويل ، حتى غدا اليوم من تراثها الثابت ، سواء أكان مسطورا فى الدساتير والقوانين أم كان غير مسطور ، لأن هذا المبدأ أصبح من الأسس الأولية التى يقوم عليها القانون فى كل دولة متمدينة ، ولأن الأخذ به أضحى شرطا لازما لتحقيق العدالة واستقرار المعاملات وضرورة المنطق تقضى بتقريره (٣).

٤- مبررات مبدأ عدم رجعية القوانين :

هناك اعتبارات جوهرية تدعو إلى التمسك بمبدأ عدم رجعية القوانين واتخاذه أساسا للسياسة التشريعية ، فهو يرتكز على مبررات عملية وأخرى تطبيقية(٤) يمكن حصرها فيما يلى :

---

(١) La loi ne dispose que pour l'avenir , elle n'a point d'effet retroactif

(٢) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٣٠ مارس ١٩٥٧م مجموعة المحكمه المذكورة -٢-١٠-٨١-٨٢ .

(٣) ضياء شيت خطاب - محاضرة فى تطبيق القانون المدنى من حيث الزمان - طبعت على نفقة نادى المحامين بالموصل - العراق - الطبعة العصرية ، ١٩٥٣، وانظر فى هذا المعنى : د. مصطفى كامل يس - بحث فى تنازع القوانين فى الزمان - منشور بمجلة الأحكام القضائية - بغداد - المجلد الأول العدد الخامس .

(٤) أنظر : د. جمال الدين زكى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ط الثانية ١٩٦٩ ص٢٢٥ ، د. منصور مصطفى منصور المدخل للعلوم القانونية جـ١ ف١٢٨ ، د. عبدالمنعم البدراوى المرجع السابق ص ١٣٨ .

(أ) من المسلم به أن القاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع على سبيل الإلزام لهم ، ومن ثم فهم يبنون معاملاتهم على أساس القانون الموجود ، وبالتالى فإن من يلتزم سلوك القانون فى المجتمع له أن يطمئن لأنه لم يفعل أكثر من إطاعة القانون ، ولا يعقل والحال كذلك أن يأتى قانون جديد ويحاسب الناس على ما أسلفوا لأن ذلك يكون من قبيل إنزال العقاب على من أطاع أحكام القانون القديم (١).

ولا يمكن أن تكون هناك ثقة بالنسبة للنفس أو المال إذا ماغدا الأفراد مهددين بصدور قوانين جديدة تلغى أو تغير مضمون ماقاموا به فهم إذ ذاك يحجمون عن التعامل خشية أن يهدم القانون كل ما قاموا به وفعلوه .

(ب) لاشك أن مبدأ عدم رجعية القوانين يقوم على أساس من المنطق إذ القاعدة القانونية - كما سبق القول - هى أمر أو تكليف للناس فى المجتمع بسلوك معين ، والتكليف أو الأمر لا يتصور توجيهه إلى مافات وإنما إلى ما هو آت ، ومن ثم كان الرجوع بالقاعدة القانونية إلى الماضى خروج عن المدى الزمنى لسريانها (٢) - وهو الذى يبدأ من وقت نفاذها - واعتداء على القاعدة القانونية القديمة بالإنتقاص من المدى الزمنى لسريانها الذى يمتد الى يوم انقضائها ، ومن هنا كان امتداد أثر القاعدة

---

(١) د. احمد سلامة - المصدر السابق ص٢١١ ، د. عباس الصراف ، د. جورج حزبون - المدخل الى علم القانون - الطبعة الثانية ١٩٩١ ص١٠٤ - ١٠٨ وانظر فى هذا : marty et Raynaud droit civil , 1961,no, 109, P.176 - 177 .

(٢) د. حسن كيره - المصدر السابق ص٣٤٠ ف ١٨٥ ، د. توفيق فرج - المصدر السابق ص٣١٣ ف ١٩٥ ، د. منصور مصطفى منصور - المصدر السابق ف ١٢٨ ، د. عبدالودود يحي المصدر السابق ص١٣٥ ، د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٢٤٣ ، د. محمد كامل مرسى فى شرح الباب التمهيدى ص ١٦٨ ف ١١٤ ط ١٩٥٤ .

القانونية إلى وقائع سابقة على العمل بها مخالف لمنطق القوة الملزمة لها (١) .

(جـ) تبدو قاعدة عدم رجعية القوانين ضرورة لازمة لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع - وخاصة فى دائرة القوانين الجنائية - فليس من المقبول عقلا وعدلا ولا من المستساغ منطقيا أن يصدر تشريع منشئ لجريمة أو مشدد لعقوبة ويمتد أثره إلى وقت سابق على صدوره (٢) ، فيعاقب الأفراد على أفعال كانت مباحة وقت إتيانها ، وإلا صارت القاعدة القانونية أداة ظلم واستبداد ، ولأصبح من المتعذر استمرار الحياة الاجتماعية على نحو يهيئ استقرار المعاملات ، ويبث الطمأنينة فى نفوس الأفراد ويكفل تقدم الجماعة (٣) .

(د) تقضى اعتبارات المصلحة العامة فى دائرة المعاملات المدنية بضرورة احترام مبدأ عدم رجعية القوانين حتى لا تضطرب المعاملات بين الناس ويسود القلق بينهم إذا أمكن للقانون الجديد أن يعدل بأثر رجعي الأوضاع والآثار القانونية التى تمت قبل

---

(١) انظر د. عبدالمنعم البدراوى - المصدر السابق ص١٣٨ ، د. محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص٢٢٥ ف ١٣٧ ، وانظر فى ذلك بصفة خاصة د.حسن كيرة فى مقال له بعنوان " مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان " مجلةالحقوق - السنة السابعة - العددان الثالث والرابع - ١٩٥٨ ص ٨٥ - ١٨٤.

(٢) راجع : د. محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص٢٢٦ ، د. توفيق فرج - المصدر السابق ص ٣١٣ ، د. نعمان جمعة - المصدر السابق ص ٢٣٨، د. عبدالودود يحي - المصدر السابق - الموضع السابق ، د. عبدالناصر العطار - المصدر السابق ص٢٠٠ ، د. سمير تناغور - المصدر السابق ص ٦٥٥ ، د. محمد كامل مرسى - السابق ص ١٦٨ ف ١١٤ .

(٣) انظر colin ,capitant et De la morandiere caurs elementaire de droit civil francais , t.1, ed 1947, N 48-62

صدوره (١) وإلا أدى ذلك إلى تعطيل مصالح الأفراد وتقويض النظام فى المجتمع .

المبحث الثانى

صعوبة تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين

ومنشأ الصعوبة فى تطبيقه

٥ - التطور التاريخى - لمبدأ عدم رجعية القوانين :

أصبح مبدأ عدم رجعية أثر القانون أحد المبادئ الأساسية المسلم بها فى العصر الحديث وفى معظم دساتير العالم المعاصر (٢).

فى فرنسا : بعد الثورة الفرنسية الكبرى ، نضت الدساتير المتعاقبة فيها على عدم سريان القوانين الجنائية على الماضى ، حتى أن دستور(٣) fructidor an III عمم هذا المبدأ وجعله يشمل القوانين المدنية والقوانين الجنائية على حد سواء دون استثناء ، واستطاع بذلك واضعوا تلك الدساتير أن يؤكدوا أن هذا المبدأ هو إحدى ضمانات الحقوق والحريات ، وإحدى الدعامات التى تقوم

---

(١) انظر : د. عبدالحى حجازى - نظرية القانون ط ١٩٧٢ ص ٥٨٦، د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٢٤٣ ، د. عبدالمنعم فرج الصدة - مبادئ القانون ط١٩٨٢ ص١٣٨ ، د. جمال زكى - المصدر السابق - الموضع السابق ، د. عبدالرزاق السنهورى ، حشمت أبوشتيت - أصول القانون ط٥٢ ص١٨٨ ، د.حسن كيره - بحث فى مشكلة تنازع القوانين فى الزمان - منشور بمجلة الحقوق - السنة السابعة - عدد ٤،٣ - ص ٨٥ وما بعدها .

(٢) وكان هذا المبدأ معمولا به فى القانون الرومانى ، ومنه أخذ فقهاء القانون الفرنسى القديم مضمون المبدأ بعد أن أحاطوه بسياج من الضوابط كى يتلائم ومتطلبات الظروف الاجتماعية السائدة .

انظر فى ذلك Dupeyrox (jean jacques) contridution a'la theoris general de acte a'titre gratuit paris , 1954, p.13,ets

(٣) انظر دستور فركيتيدور .

عليهـــــا الدساتير ، كما دل ذلك على رغبة هؤلاء فى تقييد المشرع والقاضى به تقييدا دقيقا(١) .

بيد أن مصلحة المجتمع العليا فى بعض الأحيان قد تقتضى سريان التشريع على الماضى حتى ولو مس ذلك بمصالح بعض الأفراد ، كما أن حكمة التمسك بمبدأ عدم رجعية القوانين قد تنتفى فى بعض الأحيان - كما هو الشأن فى التشريع الذى يصدر ملغيا جريمة معينة أو مخففا من عقوبتها ، ومن ثم " فقد رؤى أن تقييد المشرع بمبدأ عدم رجعية القوانين يحول دون تحقيق هذا النوع من المصلحة العامة ودون تعميم النفع الذى يعود من بعض التشريعات ولذلك عدل عن تضمينه دستور ٢٢فريمير(٢) واكتفى بالنص عليه فى المادة الثانية من التقنين المدنى الفرنسى وفى المادة الرابعة من تقنين العقوبات " . (٣)

وقد نصت المادة الثانية من التقنين المدنى الفرنسي على أنه " لا يرتب القانون أحكامه إلا بالنسبة للمستقبل فليس له أثر رجعى . (٤)

وبمقتضى هذا النص زالت صفة الدستورية (٥)عن هذا المبدأ وأصبح قائما فى التشريع العادى(٦) ، ومن ثم تجوز مخالفته بتشريع

---

(١) د. سليمان مرقص - السابق ص٢٤٤ ، د. عبدالمنعم البدراوى - المصدر السابق ص١٦٣ ، وانظر د.توفيق فرج - المرجع السابق ص٣١٣ ،د. عبدالرزاق السنهورى ، وحشمت أبوستيت - المرجع السابق ص ١٨٨ .

(٢) 22 frimair an v lll

(٣) د. سليمان مرقس - المصدر السابق - الموضع السابق .

(٤) " la loi ne dispose que pour l'avenir , elle n'a point d ' effet retroactif "

(٥) وقد فشلت محاولة النص على هذا المبدأ فى دستور ١٩٤٦ إكتفاء بما ورد فى إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة ١٧٨٩ عن تحريم الأثر الرجعى للقوانين الجنائية . وظل الأمر فى فرنسا على هذا الوضع حتى الآن .

(٦)انظر Marty et Raynaud Droit civil , t 1,1956 p . 177

عادى مثله أى أن النص على هذا المبدأ فى التشريع العادى أصبح مقيدا للقاضى فقط دون المشرع ، ولهذا يرى بعض الفقه الفرنسى (١)أن قاعدة عدم رجعية القوانين هى عبارة عن قاعدة من قواعد التفسير التى يرجع إليها القاضى كى يتعرف على مدى تطبيق التشريع من حيث الزمان فى حالة عدم وجود نص صريح من المشرع على ذلك ، أما إذا وجد مثل هذا النص فلا يكون ثمة داع للإلتجاء إلى تلك القاعدة باعتبارها من قواعد التفسير(٢) .

وفى مصر :كان عدم مبدأ عدم رجعية القوانين مقررا بمقتضى نصوص عديدة منذ عهد الإصلاح القضائى وقد كان أول نص يقرر هذا المبدأ فى النظام القانونى الوطنى هو نص المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وكانت تنص على أنه " لاتسرى أحكام القوانين والأوامر إلا على الحوادث التى تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ، ولا يكون لهذا تأثير على الوقائع السابقة عليها مالم يكن منبها عن ذلك بنص صريح " .

كما نصت المادة الثانية من المجموعة المدنية المختلطة على أنه " لن يكون لهذه القوانين أثر رجعى " .

ثم جاءت لائحة ترتيب المحاكم المختلطة(٣) ونصت فى المادة ٤٠ منها على أنه " لن يكون للقوانين الجديدة ولا للتنظيم القضائى أثر رجعى ". (٤)

---

(١) أنظر Bekaert : introduction a'l'etud du droit , 1964 , no , 256,p.224 et s

(٢) أنظر نقض فرنسى فى ١٩٠١/٦/٧ سيرى ١٩٠٢ ١ ٥١٧ .

(٣) اللائحة القديمة لترتيب المحاكم المختلطة

(٤) هذه اللائحة قد استبدلت بلائحة جديدة صدرت فى عام ١٩٣٧ استغنى فيها عن النص المدون فى المتن ، كما تجدر الإشارة أن المادة الثانية من القانون المدنى المختلط ، قد الغيت فيما بعد إكتفاء بما ورد فى المادة ٢٧ من دستور ١٩٢٣ .

ويستبين من هذه النصوص أن المشرع المصرى جعل التقيد بمبدأ عدم رجعية القوانين مقصورا على القاضى فقط دون المشرع، ومن ثم كان النص على المبدأ لا يعدو أن يكون قاعدة من قواعد التفسير شأن القانون الفرنسى فى هذا الصدد .(١)

ثم جاء دستور سنة ١٩٢٣ ورأى واضعوه أن يتضمن هذا الدستور نصا صريحا على المبدأ ونصوا فى المادة ٢٧ منه على أنه " لا تجرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما قبله مالم ينص على ذلك بنص خاص " .(٢)

وهذا النص - كما ترى - خول المشرع سلطة جعل أى تشريع يسرى على الماضى لولا أنه تدارك هذه السلطة الاستثنائية فى مجال التشريعات العقابية حين نص فى المادة ٦ من هذا الدستور على أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها " . وهذا النص يعنى أن مبدأ عدم رجعية القوانين كان يقيد كلا من المشرع والقاضى فى القوانين الجنائية (التى تفرض عقوبات) تقييدا تاما(٣)

---

(١) أنظر : استئناف مختلط بتاريخ ٤ فبراير ١٩٢٠ : ١٠ -١٢٩-١٦٩

G azette de tridunaux mixtes d' egypte

(٢) من المسلم به فى ظل دستور ١٩٢٣ أن الرخصة المخولة للمشرع فى المادة ٢٧ منه مقصورة على التشريع الرئيسى (القانون) الذى تضعه السلطة التشريعية ولا ينطبق على اللوائح والقرارات التنفيذية بمعنى أنه لا يجوز أن يكون للوائح والقرارات التنفيذيه أثر رجعى حتى ولو نص فيها على ذلك - أنظر مجموعة أحكام مجلس الدولة فى ٢٦ فبراير ١٩٥٢ المحاماة ٢٤-١٠٠ ٤٧ ، وانظر فى هذا المعنى : د. سليمان مرقص السابق ص ٢٤٧ ، د. عبدالرازق السنهورى فى بحث له بعنوان : مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة يناير ١٩٥٢ ص ٧٩ ، وانظر د. حسن كيره المرجع السابق هامش ٢ ص٣٤٠ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : د. السعيد مصطفى السعيد الأحكام العامة فى قانون العقوبات ط ١٩٥٢ ص ٨٩ .

لا يرد عليه أى استثناء وتحت أى ستار ، اما فى المواد غير الجنائية فالمبدأ مفروض على القاضى فقط لا على المشرع بمعنى أن القاضى لا يستطيع أن يجعل للقانون أثرا رجعيا بتطبيقه على وقائع نشأت قبل صدوره .

ثم جاء دستور ١٩٥٦ وكان أكثر وضوحا من سابقه فنص فى المادة ١٨٦ منه على أنه " لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة " ليوضح أن هذا المبدأ فى دائرة القوانين الجنائية مفروض على الشارع كما هو ملزم للقاضى".(١)

ثم صدر الدستور المؤقت لمصر ١٩٦٤(٢) ونص فى المادة ١٦٣ منه على نفس الحكم الوراد فى المادة ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ .

ويستبين من هذه النصوص أنه قصد بها إبراز الصفة الاستثنائية للمشرع فى جعل القانون ذا أثر رجعى ، واشترط واضعوا هذه النصوص لانسحاب القانون على الماضى أغلبية خاصة هى أغلبية جميع أعضاء مجلس الأمة وليس أغلبية الحاضرين منهم فقط ، كما

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص٢٢٥ ، د. احمد سلامة المصدر السابق ص ٢١٠ هامش ١ ، د. عبدالودود يحى - المصدر السابق ص١٣٥ ، د. عبدالمنعم الصدة - المصدر السابق ص١٣٩ - ١٤٠ .

(٢) صدر هذا الإعلان الدستورى فى ٢٥ مارس ١٩٦٤ علما بأن هذا الدستور وما قبله ، وكذا الدستور الدائم الصادر سنة ١٩٧١ جعل الرخصة المخولة للمشرع فى جعل القانون ذا أثر رجعى مقصورة على التشريع الرئيسى فقط التى تضعه السلطة التشريعية ولا تنطبق على التشريع الفرعى حتى ولو نص فيها على ذلك كما هو الشأن فى مجال إعمال هذه الرخصة من خلال دستور ١٩٢٣ السابق الإشارة إليه (أنظر فى ذلك السنهورى البحث سابق الإشارة إليه الموضع السابق مجموعة أحكام مجلس الدولة فى ٢٦ فبراير ١٩٥٢ المحاماة س٣٤ رقم ٤٧ ص ١٠٠) .

أن هذه النصوص تبرز بوضوح مجال إعمال هذه السلطة الاستثنائية المخولة للمشرع حين جعلها لا تمتد إلى القوانين الجنائية .

ثم صدر الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية فى عام ١٩٧١ ونص فى المادة ٦٦ منه على أن " العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بناء على حكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " .

ونص فى المادة ١٨٧ منه على أن " لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب " . (١)

ويتضح من هذه النصوص :

(أ) أن الدستور المصرى الحالى نص على مبدأ عدم رجعية القوانين كمبدأ عام .

(ب) نص الدستور على إمكان الخروج على المبدأ - فى غير المواد الجنائية بجعله يسرى على الماضى ويكون ذا أثر رجعى لدواعى العدل واستقرار المعاملات ، وتحقيق مصلحة الجماعة وفقا لما يقدره المشرع نفسه فى هذا الصدد ، بشرط أن يكون الخروج على مبدأ عدم الرجعية بنص خاص فى غير المواد الجنائية ، وبموافقة أغلبية خاصة هى أغلبية جميع أعضاء مجلس

---

(١) أنظر فى نقد هذا النص : د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٢٤٨ هامش ١ . حيث يرى أن هذه المادة وردت فى الباب السادس من الدستور تحت عنوان " أحكام عامة وانتقالية " وهو موضع غير مناسب لمبدأ أساسى له من الأهمية والخطورة ما يجعله جديرا بأن يتصدر مواد الباب الرابع من الدستور تحت عنوان " سيادة القانون " ، كما أن المادة ٩٦ أدرجت ضمن مواد هذا الباب الارتباط الواضح بين المادتين ٦٦ ، ١٧٨ وما بينهما من تكامل كان يقتضى الجمع بينهما فى موضع واحد وهو الباب الرابع باعتباره الموضع المناسب ، وهو نقد فى محله لأن عدم اتساق النصوص فى الباب السادس أمر جدير بالنقد .

الشعب لا أغلبية الحاضرين منهم فقط ، وبذلك يكون النص مقيدا للقاضى فقط لا للمشرع .

(جـ) مبدأ عدم رجعية القوانين لا يرد عليه أى استثناء فى المواد الجنائية ، ومن ثم لا يستطيع المشرع أن يمد أثر القانون إلى الماضى ، وبات هذا المبدأ مفروضا على المشرع والقاضى فى المواد الجنائية وأصبح من المبادئ المسلم بها فى جميع الدول المتحضرة ، وذلك حماية للأفراد ، وضمانا لحريتهم الشخصية.(١) وقد نص على هذا المبدأ فى المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى التى تقضى بأن " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها " .

٦- صعوبة تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين :

" مبدأ عدم رجعية القوانين " وإن كان مبدأ قويا فى أساسه ، واضحا فى مضمونه ، عادلا فى حكمه ، إلا أنه غامض فى تطبيقه تبعا لاختلاف الرأى فى تحديد معنى الرجعية ، ودقة الفروض العملية (٢) لأن الوقائع القانونية لو كانت تتم فى آن واحد وتترتب عليها جميع آثارها فى نفس الوقت لما كانت هناك صعوبة فى تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين (٣) إذ من الواضح أن كل التصرفات والوقائع إذا كانت قد تمت هى وآثارها فى ظل تشريع

---

(١) د. حسن كيره - السابق ص٣٤٠ ، د. توفيق فرج - المصدر السابق ص ٣١٤، د. سليمان مرقس - السابق - الموضع السابق ، د. عبدالمنعم الصدة - المصدر السابق ص١٤٠ ، د. عبدالودود يحي - المصدر السابق ص ١٣٦ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص٢٢٦ ، د.عبدالودود يحى - السابق ص١٣٦ .

(٣) د. عبدالرازق السنهورى ، د. حشمت أبوستيت أصول القانون ص١٠٩ .

قديم وجب تطبيقه ، ومن ثم تظل هـذه الوقـائع والآثـار (١) خاضعـة له، وإلا كان للتشريع الجديد أثر رجعى .

بيد أن كثيرا من الوقائع والتصرفات القانونية يستغرق حدوثـه أو ترتيب آثاره فترة من الزمن قد تمتد إلى عدة سنوات كما فى التقـادم فى العقود طويلة الأجل ، " فإذا تغير فى أثنـاء هذه الفـترة التشـريع المتعلق بتلك الوقائع ، نشأت صعوبة فى تعيين أى التشريعين القديـم أو الجديد هـو واجب التطبيق علـى تلك الوقـائع ، إذ يمكن تـبرير تطبيق القانون القديم عليها باعتبار أنه القانون الذى حدثت أو بـدأت فى ظله ، كما يمكن أيضا القول بتطبيق القانون الجديد عليها باعتبار أن هذه الوقائع لا تكتمل هـى أو آثارهـا إلا فـى عهده . وبذلك يقع التنازع بين القانونين فى الزمن " . (٢)

---

(١) وهناك أمثلة عديدة على ذلك (سبق التنويه عنها فى بند ١ من هذا البحث) ونضيف هنا بعض الأمثلة على الوقائع التى تمت هى وآثارها فى ظل تشريع قـائم ولا تثير صعوبة فى التطبيق : منها : إذا أوصى شـخص لآخر بنصـف تركتـه ، وتوفى الموصى قبل صدور قـانون يحرم الوصيـة بـأكثر من ثلث التركـة ، فـإن الوصية تظل صحيحة منتجة لكل آثارها .

ومنها : إذا تزوج شخص عمره خمس عشرة سنة بفتاة عمرها أربع عشرة سـنة فى ظل قانون يبيح ذلك ، ثم صدر قانون بعد الزواج يمنع سماع دعـوى الزوجيـة إذا كان سـن الزوج أقل مـن ١٨ سنة والزوجـة أقل مـن ١٦ سنة (صـدر هـذا القـانون عـام ١٩٢٣) فـإن الزواج الـذى تـم قبـل صـدور القـانون الجديـد يسـتمر صحيحا .

(٢) د. سليمان مرقس المصدر السابق ص ٢٤٩ ، وانظر : توفيـق فـرج المصدر السابق ص ٣١٨ .

ولنضرب بعض الأمثلة على ذلك :

(أ) فى الزواج والطلاق :

إذا تزوج شخصان فى ظل قانون يبيح للزوج الطلاق إباحة تامة فى أى وقت يشاء ، ثم صدر تشريع - أثناء الزواج - يقيد هذه الإباحة بقيود معينة كضرورة وقوعه أمام القاضى مثلا أو يمنع الطلاق منعا باتا ، فأى التشريعين يكون واجب التطبيق على هذين الزوجين فيما يتعلق بطلاقهما . (١) ؟

(ب) فى القرض :

إذا تم عقد بين شخصين واتفقا فيه على فائدة قدرها ٨٪ سنويا وفقا للقانون السائد وقت العقد (٢) ، ثم صدر قانون جديد كما هو الشأن فى صدور التقنين المدنى الحالى الذى ينص فى المادة ٢٢٧ منه على أنه " لا يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ٧٪ سنويا،، ففي هذه الحالة هل يطبق القانون المدني الجديد على الفوائد التى تستحق بعد صدوره أم يستمر المدين ملتزما بدفع ٨٪ سنويا حسب القانون القديم على أساس أن أثار العقد تستمر خاضعة للقانون القديم الذى نشأ العقد فى ظله . (٣) ؟

(جـ) فى الأهلية :

كانت سن الرشد قبل سنة ١٩٢٥ ثمانى عشرة سنة ، ثم

---

(١) أنظر د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٢٥٠ ، د. احمد سلامة - المصدر السابق ص ٢٠٨ ، د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق ص ١٣٧ .

(٢) وهو المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ والذى كان يبيح الاتفاق على فائدة تصل الى ٨٪ سنويا .

(٣) راجع فى ذلك : السنهورى ، وأبوستيت المرجع السابق ص ١٩٠ ، د. توفيق فرج السابق ص ٣١١ ، د. سليمان مرقس المصدر السابق الموضع السابق

صدر قانون المجالس الحسبية فى عام ١٩٢٥ ورفع سن الرشد إلى إحدى وعشرون سنة ، فما الحكم بالنسبة للأشخاص الذين بلغوا سن الرشد فى ظل القـــانون القديم ولكنهم لم يبلغوا إحدى وعشرين سنة (١) ؟ فلو فرضنا أنه بلغ عشرين عاما وقت صدور القانون الجديد ، هل يطبق عليه القانون الجديد فيرجع قاصرا ، أم أنه يستمر متمتعا بأهليته الكاملة التى اكتسبها وفق القانون القديم ، وهل تعتبر تصرفاته التى أبرمها فى الفترة بين سن ١٨، ٢٠ صحيحة طبقا للقانون التى تمت فى ظله أم تعتبر باطلة وفقا لأحكام القانون الجديد ؟

(د) فى الوصية :

إذا أوصى شخص لوراث فى ظل قانون يجعل نفاذ الوصية معلقا على إجازة باقى الورثة ، ومات الموصى ، ثم صدر قانون جديد يجعل الوصية فى حدود ثلث تركة الموصى نافذة دون حاجة إلى إجازة باقى الورثة الآخرين ، فلاشك أن الوصية تخضع لحكم القانون القديم ويتعين على الموصى له استحصال الإجازة من هؤلاء الورثة حتى تنفذ الوصية فى حقهم (٢) ، ولكن ماالحل فى حالة ما إذا صدر القانون الجديد قبل موت الموصى ، هل يؤخذ بحكم القانون الجديد ،أم تبقى هذه الواقعة القانونية التى نشأت فى ظل القانون القديم محكومة بهذا القانون ؟ .

(و) فى الرق :

يمتلك شخص رقيقا ثم صدر قانون يحرم الرق ، فهل يتحرر

---

(١) أنظر : د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣١٠ ، د. نعمان جمعة - المصدر السابق ص ٢٣٩ .

(٢) د. عبد الحى حجازى نظرية القانون ط ١٩٧٢ ص٥٨٦ ومابعدها ، د. شمس الدين الوكيل مبادئ القانون ط ١٩٦٨ ص ٩١ فقرة : ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، د. نعمان جمعه بتصرف المرجع السابق ص ٢٣٨، د. عبد المنعم الصدة السابق ص ١٣٧

هذا الرقيق أم يستمر رقيقا بعد صدور القانون (١)؟

(ب) في التقادم :

إذا كان القانون القديم ينص علـى أن مـدة مـرور الزمـن المسـقط للدعوى ثلاث سنوات ، وكان الدائن قد ترك المطالبـة بدينـه طـوال هذه المدة فيسقط حقه طبقا للقانون بالشروط الواردة فيه ، فإذا صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم المسقط للدعوى خمـس سنوات ، فـإن ذلك لا يؤثر على مرور الزمـــان بالنسبة لهذا الدائـن الـذى سـقط حقه ،(٢) ولكن المشكلة تبدو أكثر الحاحا لو أن القانون الجديـد كـان قد صدر قبل انتهاء الثلاث سنوات التـى كـان ينـص عليهـا القـانون القديم ، فهل يسقط حق الدائن ، أم تصبح مدة مرور الزمان بالنسـبة له خمس سنوات .(٣)

فـى هـذه الأمثلـة وأشـباهها تعـرض الصعوبـة ويـدق الحـل بشـأن

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص ١٩١ فقرة ١٥١.

(٢) انظـر د. عبـاس الصـراف ، د. جـورج حزبـون – المدخـل إلـى علـم القـانون – الطبعة الثانية ١٩٩١ ص ١٠٤ – ١٠٥ .

(٣) ويضرب الفقه مثالا تقليديا فى هذا الصـدد يتعلق بالتقـادم المكسـب للحـق ، فـإذا وضـع شخص يده على عقار بغية تملكه لمدة عشر سنوات فى ظل القانون الحـالى الذى يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديـد مثـلا يجعـل مـدة التقادم عشرون عاما ، فهل يظل واضـع اليد خاضعـا للقـانون القديـم بحيـث يتملـك العقار بعد خمس سنوات من صدور القانون الجديد أم يطبق القـانون الجديـد ، فـلا يتملك العقار إلا بعد عشر سنوات ؟ انظر فى ذلك : د. عبد المنعم فرج الصـدة – المرجـع السـابق ص ١٣٦ ، د. عبـد الـودود يحـي – المرجـع السـابق ص١٣٤ ، د. توفيق فرج – المرجع السابق ص٣١٠ ، د. سليمان مرقس المرجـع السـابق ص٢٥١ الذى يضيف فى المثال السـابق فرضـا معقـولا مضمونـه: إذا فرضنـا أن التشريع الجديد انقص المدة إلى ثمان سنوات فهل يستفيد واضع اليـد منـه ويصبـح مالكا فى الحال ؟ أم يشترط أن يكمل مدة التقادم حسب القانون القديم ؟

تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين ، وهى مشكلة قد يعرض المشرع لحلها أحيانا عندما يصدر قانونا معينا ويحدد نطاق تطبيقه ، ومن هذا القبيل ماورد فى المادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٣ الذى خفض الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية من ٩٪ إلى ٨٪. (١).

وإذا سكت المشرع الوضعى عن تحديد نطاق تطبيق القانون الجديد (٢) تعين حينئذ تحديد نطاق تطبيق كل من قاعدتى القانون الجديد والقانون القديم فى ضوء المبدأ العام الذى يسيطر على مشكلة تنازع القوانين فى الزمان وهو "مبدأ عدم رجعية القوانين " .

٧- مبدأ عدم رجعية القوانين لا يكفى لحل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان :

سبق أن ذكرنا أن مبدأ عدم رجعية القوانين **(principe de la non- retoactivite des lois)**

هو الأساس الذى يقوم عليه حل مشكلة تنازع القوانين فى

١- حيث نصت المادة ٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٠ سنة ١٩٨٣ على أنه " لا يسرى حد الفائدة التى يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون على .... الاتفاقات المعقودة قبل تاريخ العمل به " .

٢- كما استبان للمشرع أن تطبيق المبدأ لا يتفق مع العدالة ومصلحة المجتمع العليا فى الموضوع الذى يتعلق به كل من التشريع القديم والجديد على السواء ، أو أن المشرع قد تعذر عليه تبيان نتيجة ذلك التطبيق ، فترك الأمر لاجتهاد المحاكم ، ومن ثم يقع على عاتق القضاء مهمة تطبيق مبدأ عدم رجعية القانون الذى قد يجد فى أراء الفقهاء عونا له فى هذه المهمة الشاقة ، ولكننا نؤيد ماذهب إليه البعض من أن الفقه لم يقم بمهمته فى إرشاد القضاء بل جعل مرشدا له فى كليات هذه المسألة وجزئياتها د/ سليمان مرقس السابق ص ٢٥٢ فقرة ٩٩ وانظر :

Beudan le droit individuel et l'etat, 3eme ed paris 1920'p219 no 234 -Raubier, le conflits des lois dans le temps t 1 1929 no 75

الزمان ، وذكرنا أن المقصود بهذا المبدأ أن القانون لا يطبق إلا على الوقائع التى تمت بعد صدوره ، أما ماحدث قبل ذلك فلا شأن للقانون الجديد به ، بل ويبقى محكوما بالقانون الذى نشأت الوقائع فى ظله ، ويعبر عن هذا المعنى بأن القانون ليس له أثر رجعى وإذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين بمعناه السابق يعتبر هو الأساس فى حل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ، إلا أن الفقه المصرى(١) والأجنبى (٢) يكاد يجمع على أن تقرير هذا المبدأ ليس كافيا بمفرده لحل مشكلة هذا التنازع ، فلا يكفى القول أن القانون الجديد ليس له سلطان على الماضى ، بل يجب منع إستمرار القانون القديم فى السريان بتقرير مبدأ سلطان القانون الجديد ابتداء من نفاذه ، وخاصة بالنسبة للوقائع التى تحدث من وقت هذا التعاقد وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع ماضية (٣) مع الأخذ فى الاعتبار أن هناك أحوالا استثنائية تقتضى الخروج على هذا المفهوم يعترف فيها للقانون القديم بولاية استمرار أحكامه رغم انتهاء العمل به بابتداء نفاذ القانون الجديد ، كما سنعرف مستقبلا .

وإزاء ما سبق بيانه كان لزاما على الفقه والقضاء بل والمشرع أن يبحث عن حل لصعوبة تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين وظهرت أولى المحاولات من قبل الفقه فى خلال القرن التاسع عشر ووضع فى هذا الصدد نظرية يستعان بها فى تطبيق مبدأ عدم رجعية التوازن ، سميت باسم " النظرية التقليدية غير أنه فى أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى تبين أن هذه

---

(١) انظر د. حسين كيره - المرجع السابق ص ٣٤١ ، د. عبد الودود يحيى - المصدر السابق ص ١٣٦ ، د. عبد المنعم الصده - المرجع السابق ص١٣٩ ، د. جمال زكى - المرجع السابق ص ٢٢٦ .

(٢) - Marty et Raynaud . droit civil . t.1.1956 no. 105 .

٣) انظر فى ذلك مقالا للدكتور حسن كيره بعنوان " مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان " فى مجلة الحقوق السنة السابعة العددان الثالث والرابع ١٩٥٨ ص ٨٥ - ١٨٤ .

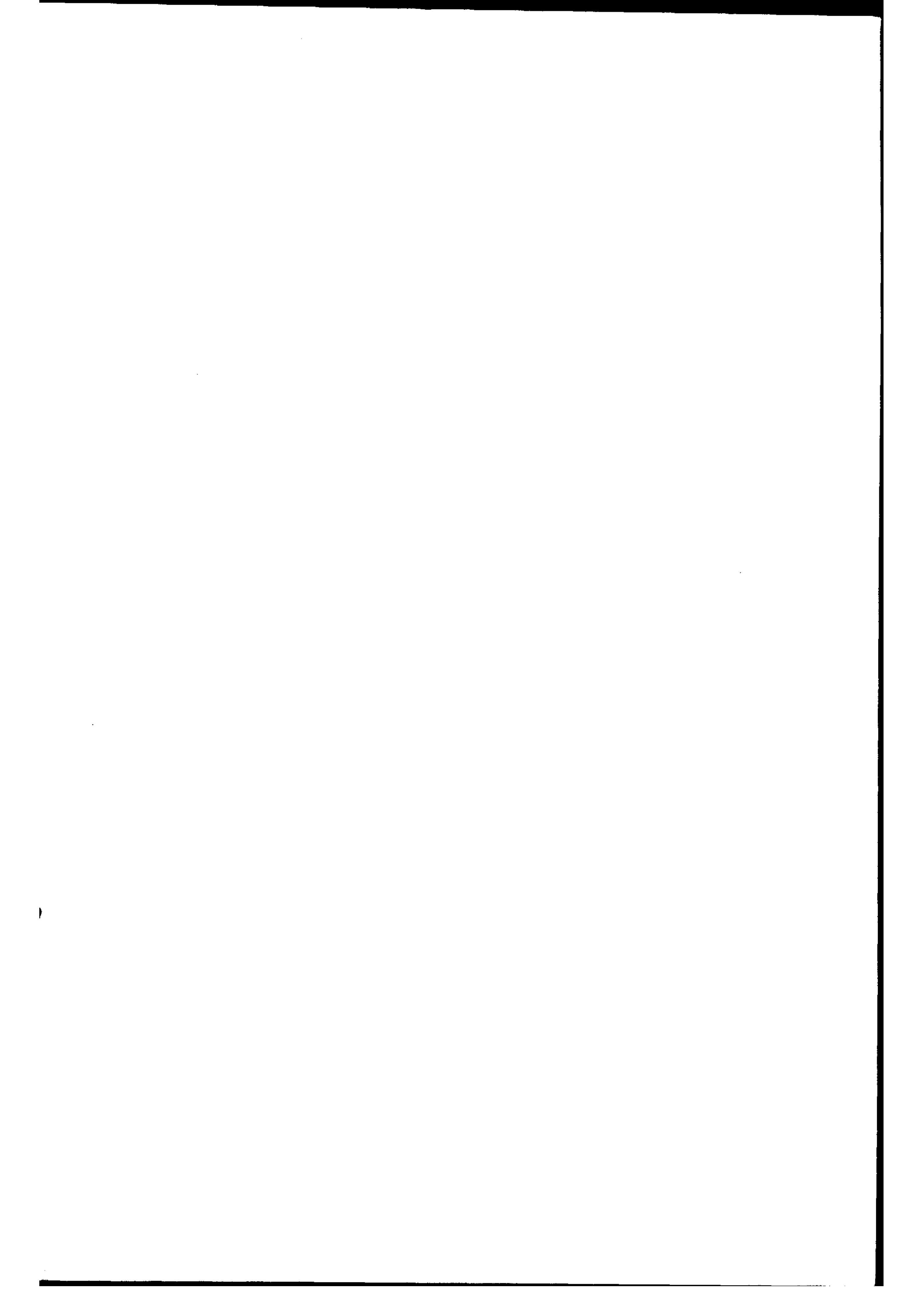
النظرية غير كافية للتغلب على الصعوبات الناشئة عن تطبيق المبدأ، كما أن أساسها واه ، ومضمونها غير واضح وبها من العيوب ما يستوجب الالتفات عنها ، ومن ثم ظهرت نظرية فى الفقه الحديث أطلق عليها " النظرية الحديثه " كتب لها نجاح غير كامل فى هذا الصدد ،لأن أنصار هذه النظرية بقدر ما نجحوا فى ابراز عيوب النظرية التقليدية حتى أصبح الإجماع منعقدا على فسادها بقدر ماكان عدم التوفيق لهم بالمرصاد فى معالجة بعض أحكامها ، ومن ثم كان ذلك سببا كافيا فى احتفاظ النظرية التقليدية حتى الآن بأهمية عملية كبرى رغم ماوجه إليها من نقد .

ونعرض فى الفصل التالى للحلول الفقهيه لمشكلة "مبدأ عدم رجعية القوانين " وذلك فى مبحثين نخصص **أولهما** : لعرض مضمون النظرية التقليدية وما وجه إليها من نقد ، ونخصص **ثانيها** للنظرية الحديثه .

الفصل الثانى

كيفية تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين

من خلال النظريات الفقهية



الفصل الثانى
كيفية تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين
من خلال النظريات الفقهية

المبحث الأول
النظرية التقليدية

٨- مضمون النظرية التقليدية :

ظهرت النظرية التقليدية فى مطلع القرن التاسع عشر على يد الفقهاء الفرنسيين (١) وقد وجد أصل النظرية فى كتابات الفقهاء :

Blondean , chabiot de l'allier, Merlin

وظلت سائدة فى الفقه والقضاء الفرنسى طوال القرن الماضى ، بل إن بعض أحكام القضاء الفرنسى (٢) والمصرى (٣) على السواء لا تزال حتى اليوم تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول فى مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين .

---

(١) انظر فى ذلك د. عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ١٩١ ، د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٢٤٣ ، د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٢٧ ، د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٠ د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣١٧ هامش ١ .

(٢) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية - حكم الدوائر المجمعه فى ١٣ يناير ١٩٣٢ - داللوز ١٩٣٢-١-١٨ .

(٣) راجع نقض مصرى رقم ٢٧٢ س٢٣ ق فى ١٩٥٣/٦/٤ - مجموعة أحكام النقض ص ٩٢١ ، ونقض مصرى رقم ١٩٨٨ السنة ٣٦ ق فى ١٩٦٧/٣/٧ ، ونقض مصرى رقم ١٥٧٣ فى ١٩٦٧/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض ع٢ ص٣٧٠ ع ٣ ص ١١٠٥ على التوالى .

وتقوم النظرية التقليدية على أساس التفرقة بين الحق المكتسب (droit aquis) ومجرد الأمل (١) (simple expectative)

والأول وحده هو الذى لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به وإلا اعتبر ذا أثر رجعى ، وعلى العكس يمكن للقانون الجديد أن يمس ما يسمى ب " مجرد الأمل " ولا يقال هنا أن القانون قد سرى على الماضى أو أنه ذا أثر رجعى ، بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى لو خيبت أمالا تعلق بها الرجاء فى الماضى ، ولكنها لا تسرى إذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل (٢) فالحق المكتسب ومجرد الأمل هما معيار الرجعية وعدمها . وقد ثار التساؤل عن مناط التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، بيد أن أنصار هذه النظرية تفرقت بهم السبل ولم يتفقوا على معيار للتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، مما أضعف سند نظريتهم فى الفقه وجعلها هدفا للنقد .

فذهب بعض أنصار هذه النظرية إلى أن الحق المكتسب هو : الذى دخل ذمة صاحبه بشكل نهائى (٣) (celiu qui est entre' dane notre domaine)

---

(١) يرى بلانيول أن أول من قال بهذه التفرقة الفقيه الفرنسى (بلوندو) عام ١٩٢٦ ثم تلاه الفقيه فاليست ثم الفقيه الشهير ديمولومب ومن تلاه من فقهاء القرن التاسع عشر (سليمان مرقس - المرجع السابق ص٢٥٣ هامش ١٥٩) .

(٢) د. حسن كيرة - المرجع السابق - الموضع السابق ، وفى هذا المعنى أيضا د. توفيق فرج السابق ص ٣١٧ فقرة ١٩٨ ، د. عبد الودود يحي - السابق ص ١٣٧، د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د. محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص٢٢٧ فقرة ١٣٨، د. سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ص ٦٣٥ ، د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢١٣ ، د. عبد الناصر العطار - المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٩ ص٢٠١ د. عبد المنعم البدرلوى السابق ص ١٧٢ .

(٣) Marty et Raynaud : le droil civil t.1; 1929 no. 106,Pl 73

وعرفه البعض الآخر (١) بأنه المنفعة المملوكه لشخص والتى تكون جزءا من ذمته والتى لا يمكن أن تنزع منه بفعل من أخذ عنه الحق ولا بفعل غيره .

وعرفه فريق ثالث بأنه الحق الذى دخل فى ذمة صاحبه بشكل نهائي ولا يمكن نقضه أو نزعه عنه إلا برضاه . وعرفه فريق رابع بأنه الحق الذى يمكن صاحبه من الدفاع عنه أمام القضاء ،أى الذى يقوم على سند قانونى .

وعرفه فريق خامس بأنه الحق الذى أصبح ثابتا لنا والذى لا يستطيع شخص آخر أن يسلبه منا .(٢)

أما مجرد الأمل فهو : إنتظار اكتساب حق أو ترقب اكتسابه،أى مجرد أمنية قد تتحقق وقد لا تتحقق (٣) فمجرد الأمل عبارة عن وضع يكون الشخص منتظرا أو مترقبا أو آملا الحصول على حق مكتسب ، أو تكون بعض عناصر وجود الحق قد توافرت دون البعض الآخر ، فهو مرحلة هلامية تسبق ولادة الحق ذاته . وخلاصة القول : أن النظرية التقليدية تقوم أساسا على التفرقة بين الحقوق المكتسبة ومجرد الآمال – أيا كان مناط التفرقة بينهما –

---

(١) انظر فى ذلك : Roubier : op cit ., t.I p. 317

(٢) انظر فى التعريفات المختلفه للحق المكتسب عند أنصار النظرية التقليدية :

Robier : les conflits de lois dans le temps , théorie de la non rétroactivité des lois t. I, 1929 , no 35, p.311 .

وانظر د. عبد الرزاق السنهورى ، د. حشمت أبو ستيت المرجع السابق ص١٩١

(٣) راجع فى ذلك د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢١٣ فقرة ١١٤، د. جمال الدين زكى -- المرجع السابق ص ٢٢٧ فقرة ١٣٨ ، د. عبد الودود يحي - المصدر السابق ص١٣٧ ، د. توفيق فرج - المصدر السابق ص ٣١٨ فقرة ١٩٨ ، د. عبد الناصر العطار المصدر السابق ص ٢٠١ ، د. نعمان جمعة المصدر السابق ص ٢٤١ .

وهى تقرر مبدأ عدم رجعية القوانين للاسباب التى أوضحناها سالفا تبريرا لهذا المبدأ ، وعدم رجعية القوانين فى مفهوم هذه النظرية يعنى أن القانون الجديد يكون ذا أثر رجعى إذا ماعدل فى الحقوق المكتسبة ولذا يطبق القانون القديم - حتى لا يكون القانون الجديد ذا أثر رجعي ولا يكون القانون الجديد ذا اثر رجعى إذا إقتصر على مجرد تحطيم الأمال (١) ولا يعتبر المساس بها تطبيقا رجعيا للقانون.

٩- تطبيقات لمضمون النظرية التقليدية :

توضيحا للمعايير السابقة يضرب أنصار النظرية التقليدية بعض الأمثلة على ذلك نجتزئ منها :

__(أ) التقــــادم :__

وهو فى جوهره عبارة عن مضى مدة معينة يكتسب الشخص بعدها حقا أو يسقط حقه إذا توافرت شروط معينة (التقادم المكسب والتقادم المسقط) فإذا كان القانون المصرى - مثلا - ينص على أن من وضع يده على عقار بنية تملكه إذا مضت خمس عشرة سنة على وضع اليد ، فإن تملك هذا العقار لا يكون إلا بإنتهاء اليوم الأخير من المدة المذكورة وقبل ذلك يكون واضع اليد له مجرد أمل فى أن يمتلك فإذا ماصدر تشريع جديد بعد مضى أربعة عشر عاما يطيل مدة التقادم إلى عشرين عاما فإن واضع اليد لا يتملك العقار إلا بعد إستكمال المدة الأخيرة ، ولا يمكنه القول بأنه سيكسب تملكه للعقار بعد مضى سنة واحدة من صدور القانون الجديد لأنه قبل مضى هذه السنه لم يكن له إلا مجرد أمل ، فتطبيق القانون الجديد لا يعتبر ذا أثر رجعى (٢)لأنه لم يمس حقا مكتسبا بل اقتصر على مجرد تحطيم

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى المرجع السابق الموضع السابق ، د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٤٣ فقرة ١٨٩ ، د. سمير عبدالسيد تناغو - المرجع السابق ص ٦٥٩ ، منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية ج١ ط ١٩٦٩ فقرة ١٢٩

(٢) انظر : Aubry et Rou., t.1 6 éme ed par partin . no 29 p. 100

الأمل (١) وبطبيعة الحال يتغير الوضع لو كان القانون قد صدر بعد استكمال مدة . الخمس عشرة سنة ، فواضع اليد يعتبر قد تملك العقار ولا يسرى عليه القانون الجديد لأنه آنذاك كان له حق مكتسب .

(ب) ملكية الأجانب للعقارات :

إذا صدر قانون جديد ينص على أن يؤول إلى الدولة ما يملكه الأجنبى من عقار ، وكان هناك أجنبى له أولاد يتمتعون بالجنسية المصرية ، فإذا كان القانون الجديد قد صدر قبل وفاة الأجنبى فإن ملكيته تئول إلى الدولة ، ولا تقبل شكوى أولاده بأن لهم حقا مكتسبا قد مس ، إذا لم يكن لهم سوى مجرد أمل (٢) أما لو كان القانون الجديد قد صدر بعد وفاة الأجنبى فإن تركته تظل فى أيدى ورثته ، إذ يكون لهم عليها حينئذ حقا مكتسبا .

(جـ) الوصايـــــا :

القانون المصرى يجيز الوصية لوارث فى حدود ثلث التركة ، فلو أوصى شخص لأحد ورثته بما يوازى ثلث تركته ، ثم صدر قانون جديد لا يجيز الوصية لوارث فى حياة الموصى : صارت الوصيـــة باطلـــة (٣) إذ لم يكن للموصى له عند صدور القانون

---

(١) راجع : د. أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢١٤ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى نظرية القانون ط ١٩٦٠ فقرة ١٦٨ ، د. توفيق فرج المرجع السابق ص ٣١٩ – ٣٢٠ بند ١٩٨ ، د. عبد الودود يحي المرجع السابق ص ١٣٨ .

(٢) انظر : منصور مصطفى منصور – المرجع السابق فقرة ١٢٩ ، د. جميل الشرقاوى – دروس فى أصول القانون ط ١٩٧١ فقرة ٥٩ ومابعدها ، د. محمد على عمران مبادئ العلوم القانونية ط ١٩٨٠ – ص ١٣١ وما بعدها .

(٣) د. محمود جمال الدين زكى المصدر السابق ص ٢٢٨ ، وانظر فى هذا المعنى د. أحمد سلامة – المصدر السابق ، د. حسن كيرة المرجع السابق ص٣٤٤ ، د. عبدالرزاق السنهورى ، د. حشمت أبوستيت المرجع السابق ص ١٩٢ ، د. عبدالناصر العطار المرجع السابق الموضع السابق .

الجديد إلا مجرد أمل فى الوصية ، ولم يكتسب حقا بعد ، باعتبار أن الوصية فى القانون والشريعة الإسلامية تصرف مضاف لما بعد موت الموصى ، ومن ثم يجوز للأخير أن يرجع أو يعدل فيها قبل وفاته ، أما إذا صدر القانون الجديد بعد وفاة الموصى فإنه لا يسرى على الوصية (١)لأنه لو سرى عليها لكان ذا أثر رجعي ولأخل بحق مكتسب للموصى له بعد أن صار مالكا لثلث التركة بمجرد وفاة الموصى .

هذه بعض الأمثلة (٢) لتوضيح المقصود بكل من الحق المكتسب

---

(١) Aubry et Rau : op cit ., t. 1, No , 30 . p . 133.

(٢) ويضرب الفقه أمثلة أخرى كثيرة فى هذا الصدد أهمها :

أن التقنين المدنى القديم كان ينص على أن الملكية تنتقل بمجرد العقد سواء فى ذلك العقار و المنقول ، ولما صدر قانون التسجيل عام ١٩٢٣ جعل ملكية المبيع العقارى لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فلو اشترى شخص عقارا قبل صدور قانون التسجيل ، انتقلت اليه ملكية العقار بمجرد العقد دون تسجيل ، لأن العقد نشأ ورتب آثاره فى ظل القانون القديم الذى لم يكن يتطلب التسجيل لنقل ملكية العقار، ومن ثم يستمر انتقال الملكية بمجرد العقد معتبرا حتى بعد صدور القانون الجديد .

ومنها : الميراث وهو عبارة عن انتقال أموال الشخص بعد وفاته الى ورثته ، ومن ثم فأموال المورث لا تنتقل الى الورثة إلا بعد وفاة المورث ، فإذا لم يتوف الشخص فإنه لن يكون لورثته حق مكتسب فى أمواله بل مجرد أمل فى أن تؤول اليهم عند الوفاة إذا كانت لا تزال موجودة فى ذمة المورث ، وعلى ذلك إذا صدر قانون قبل وفاة المورث يحدد أنصبة الورثة فى التركة بشكل معين فإنه يحكم توزيع هذه التركة حتى ولو مات المورث بعد صدور القانون الجديد بلحظات ، ولا يستطيع أى وارث أن يحتج بأن القانون الجديد قد انقص من نصيبه - مثلا لأنه - قبل الوفاة لم يكن له سوى مجرد أمل ، أما إذا صدر مثل هذا القانون بعد افتتاح التركة فإنه لا يسرى على توزيعها لأنه بالوفاة ثبت لكل وارث نصيبه وفق أحكام القانون القديم وصار كل وارث ذا حق مكتسب فلا ينزع منه . أنظر فى ذلك : د. احمد سلامة - المرجع السابق ص ٢١٣ ، د. عبدالرازق السنهورى وحشمت أبوستيت - المصدر السابق ص ١٩٤ ، د. حسن كيره - المرجع السابق ص ٣٤٤ .

ومجرد الأمل فى إطار النظرية التقليدية والتى تخلص فى أن القانون الجديد لا يطبق إذا كان فى تطبيقه مساس بحق مكتسب ، أما إذا كان تطبيق القانون الجديد لا يؤدى إلا إلى الإخلال بمجرد الأمل فإن القانون الجديد يطبق .

بيد أن هذه القاعدة " مبدأ عدم رجعية القوانين " الواردة فى النظرية التقليدية يرد عليها بعض الاستثناءات التى سنتحدث عنها فى البند التالى .

١٠- الاستثناءات التى ترد على مبدأ عدم رجعية القوانين - تعداد:

مبدأ عدم رجعية القوانين فى منطوق النظرية التقليدية ليس مطلقا ، إذ أن أنصار هذه النظرية قد أوردوا عليه بعض الاستثناءات التى يطبق فيها القانون الجديد حتى ولو مس بحق مكتسب ، وتنحصر هذه الاستثناءات فى أربعة :

(النص على عدم الرجعية - القانون الجنائى الأصلح للمتهم - القوانين التفسيرية - القوانين المتعلقة بالنظام العام)

١١- الاستثناء الأول :النص الصريح على الرجعية :

مبدأ عدم رجعية أثر القاعدة القانونية مبدأ يقيد القاضى فقط ولا يقيد المشرع ، وهذا مبدأ مسلم به فى الفقه الفرنسى (١)

---

(١) انظر فى ذلك :

Ripert et poulanger traité elémentair de droit civil de M. planiol t. 1 ed 1947, No 305 - Bekaert op- cit No 262,p.230- Aubry et Rau:op - cit No.30, p.103.-mazeaud leçon de droit civil, t. 1,1956. No 105.

والمصرى(١) بوجه عام ، ومعناه أن للمشرع الوضعى الحق – فى غير المواد الجنائية – أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضى إذا أراد بشرط أن ينص صراحة على رجعية هذا التشريع ، ومن ثم لا يكفى فى هذا الصدد الاستناد إلى الإرادة الضمنية ، فإذا جاء التشريع الجديد خاليا من نص صريح على رجعيته " فلا يملك القاضى تطبيقه على الماضى والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق " (٢) .

وهذا الاستثناء المجمع عليه من قبل الفقه تضمنته الدساتير المصرية المتعاقبة فقد أجازت هذه الدساتير (٣) فى المواد المدنية أن يسرى القانون على الماضى بشرط أن ينص على ذلك صراحة وبموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب ، ومن ثم لا تكفى موافقة أغلبية الأعضاء الحاضرين فى الجلسة .

بيد أننا نهيب بالمشرع المصرى (٤) ألا يلجأ إلى ذلك إلا إذا كان

---

(١) د. توفيق فرج – المصدر السابق ص ٣٢١ ، عبدالرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت – السابق ص ١٩٧ ، د. سليمان مرقس – المصدر السابق ص٢٥٤ ، د. احمد سلامة – المرجع السابق ص٢١٥ ، د. حسام الدين الأهوانى – نظرية القانون ط ١٩٨١ ص٣١٢ وما بعدها .

(٢) د. حسن كيره – المصدر السابق ٣٤٥ فقرة ١٩٠ وأنظر / د. محمود جمال الدين زكى – المصدر السابق ص٢٢٩ فقرة ١٣٩ ، د. نعمان جمعه – المصدر السابق ص٢٤١ ، د. عبدالرازق حسن فرج – المدخل لدراسة القانون – نظرية القانون ط ١٩٨٣ ص ١٨٦ وما بعدها ، د. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير – المقدمات الممهدات لدراسة القانون ط ١٩٩٣ ص٢٦٨- ٢٦٩ .

(٣) أنظر بند ٤ من هذا البحث حيث نص دستور ١٩٢٣ ، ١٩٥٦ ، ١٩٦٤ ثم دستور ١٩٧١ على جواز الخروج على مبدأ عدم الرجعية فى غير المواد الجنائية كما هو موضح فى حينه .

(٤) إذا كان شراح القانون لا يملكون إلا أن يهيبوا بالمشرع ألا يلجأ إلى جعل القانون ذا أثر رجعى بمقتضى نص صريح على ذلك ، غير أن هذا النداء " لا يثير إلا واجبا أدبيا فقط ، أما من الناحية القانونية فإن الرجعية تكون صحيحة متى تقررت وفق ما نص عليه الدستور " د. أحمد سلامة- المصدر السابق – الموضع السابق.

هناك ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار فى المعاملات ، ومن ثم يجب الاقتصاد فى استعمال هذا الحق ، ولا يستخدم إلا إذا كانت هناك مصلحة جماعية يهون فى سبيل تحقيقها الاخلال باستقرار المعاملات . ونشير فى النهاية الى أن المشرع الوضعى يتقيد فى دائرة المواد الجنائية بمبدأ عدم رجعية القوانين ، فلا يملك المشرع أن يسحب أثر القانون على الماضى سواء أكان هذا القانون منشئا لجريمة أو مشددا لعقوبة عليها ، فيعاقب بمقتضاه على أفعال كانت مباحة قبل نفاذه (١) وهذا المبدأ هو المقرر فى القانون المصرى كما سبقت الإشارة إلي ذلك فى موضعه تفصيلا . (٢)

١٢- الاستثناء الثانى :

القوانين الجنائية الأصلح للمتهم :

استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين : تنسحب القوانين الجنائية الجديدة الأصلح للمتهم على الماضى ، فإذا صدر بعد وقوع الجريمة، قانون (٣) يمحو هذه الجريمة أو يخفف من عقوبتها (٤) وجب تطبيقه دون القانون الذى وقعت الجريمة فى ظله ويستفيد المتهم من أحكام القانون القديم " إذ من التناقض والظلم أن يطبق على المتهم عقوبة فى الوقت الذى يعترف فيه الشارع بعدم

---

(١) د . محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٢٩ ، د. حسن كيره - المرجع السابق ص٣٤٦ ، د. عبدالرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت - المرجع السابق - الموضع السابق .

(٢) أنظر فى ذلك تفصيلا بند ٤ من هذا البحث .

(٣) مثال ذلك أن ينص القانون على أن يعاقب متهم على جريمة تبديد محجوزات من أجل دين ثم يصدر قبل الحكم النهائى قانون يمنع المطالبة بهذا الدين ، فإن الحجز فى هذه الحالة يعتبر لاغيا وتسقط بالتالى جريمة التبديد (نقض جنائى فى ٣١/١٢/٧ مجموعة الأحكام جـ٢ - رقم ٣٠٠ ص ٣٦٥ .

(٤) كأن ينزل القانون الجديد بالعقوبة من الإعدام إلى الأشغال الشاقة .

فائدتها أو بزيادتها عن الحد اللازم " (١) أى أن حق الجماعة فى تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتهن بالصالح العام ، فإذا اقتضى هذا الصالح العام محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، كان منطق الأمور يقضى - تبعا لذلك - باستفادة من ارتكب هذه الجريمة فى ظل القانون القديم من هذا المحو أو التخفيف .(٢)

وقد قررت هذا الاستثناء المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى بقولها " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ، ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره ". (٣)

ويقصدبتطبيق القانون الجنائى الأصلح للمتهم القانون الموضوعى

---

(١) د. السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة فى قانون العقوبات ط ١٩٥٢ ص٩١ .

(٢) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص٢١٦ ، د. محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص٢٣٠ ، د. عبدالمنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٤٨ - ١٤٩ فقره ١٢٤ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٢١ فقرة ١٩٩ ، د. عبدالسميع أبو الخير - المرجع السابق ص٢٧١ .

(٣) يلاحظ أن معظم القوانين الجنائية المعاصرة - ومنها القانون المصرى - استحدث رجعية قانون العقوبات الأصلح للمتهم من وثيقة حقوق الإنسان فى فرنسا الصادرة فى ٢٦ أغسطس ١٧٨٩ إبان قيام الثورة الفرنسية وانتصارها التاريخى ، وصدرت هذه الوثيقة بعد اتفاق كلمة ممثلى الشعب الفرنسى على إصدارها ونشرها بين جميع أفراد الشعب حتى يتسلى لكل مواطن معرفة حقوقه وواجباته ، والتى مالبثت أن أصبحت وثيقة عالمية لكل حكومة ولكل إنسان ، وأهم وثيقة صدرت فى هذا الشأن أخيرا هى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان " الصادر من هيئة الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ والذى قرر هذا المبدأ كواحد من المبادئ التى وجد أنها من الحقوق الأساسية للإنسان فى كل بقعة من الأرض وفى كل وقت من الزمان ، وقد نصت المادة : ٢/١١ من هذا الإعلان على أنه " ...كذلك لا توقع عليه (الإنسان) عقوبة أشد من تلك التى يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة " .

دون القوانين الاجرائية ، إذ أن أحكام الأخيره تسرى من يوم نفاذهـا بأثر فورى على الدعـــاوى التـى لـم يكـن قـد تـم الفصـل فيهـا ولـو كانت متعلقة بجرائم وقعت قبل نفاذها مالم ينص القانون على خلاف ذلك . (١)

ولكـى يكــون للقــانون الجنــائى الموضـوعــى - وفقــا للمــادة ٢ عقوبات- أثرا رجعيا يجب أن يتوافر شرطان :

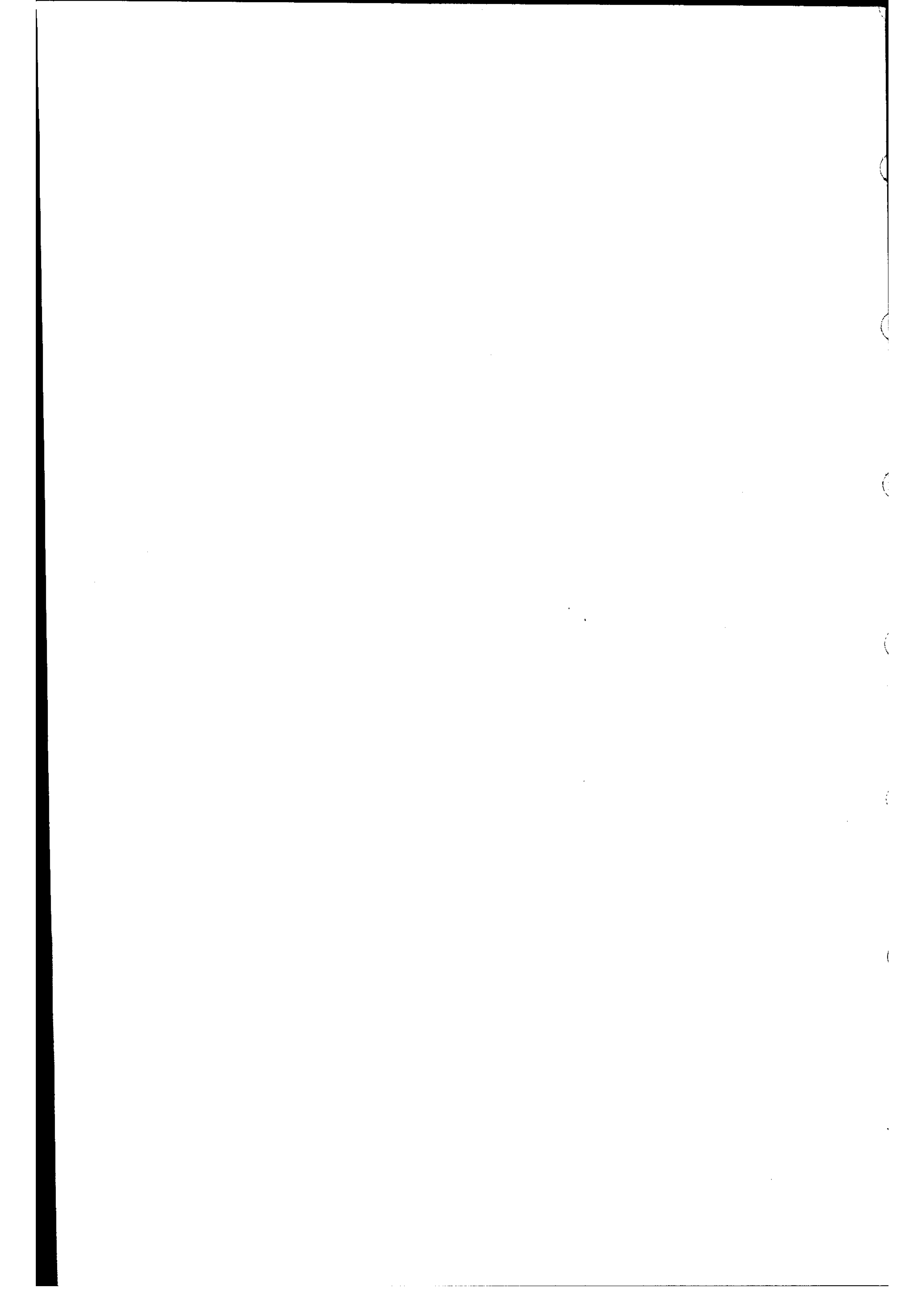
أولهما : أن يكون القانون الجديـد أصلـح للمتهـم (٢) مـن القـانون التى وقعت الجريمة فى ظله .

ثانيهمـا : أن يصـدر القــانون الجديـد قبـل الحكـم النهـائى فــى الدعوى.

---

(١) نقض جنائى فـى ٢ أكتوبـر ١٩٦٢ مجموعـة أحكـام النقـض الجنـائى س١٣ رقـم ١٤٨ ص ٩٥٠ .

(٢) وهو القانون الذى ينشئ للمتهم مركزا أو وضعا يكون أصلح له من القانون القديم (نقـض جنـائى فـى ١٦ ابريـل ١٩٦٢ مجموعـة أحكـام النقـض الجنـائى س١٣ - ص٣٤٧ رقم ٨٧) ، ومثال ذلك أن يلغى القانون الجديد سلطة القاضى فـى وقـف التنفيذ ، ومن جهة أخرى يخفض العقوبة ، فإذا مثل للقـاضى متهمـان ، فقد يـرى من ظروف أحدهما ما يدعو إلى إيقاف تنفيـذ العقوبـة فيطبق عليـه القـانون القديـم لأنه هو الأصلح له ، وقد لايرى وقف تنفيذ العقوبة بالنسبة للأخر فيكون القـانون الجديد هو الأصلح له ، أى أن تقدير الصلاحية لا ينظر فيه الى القانون الجديد فـى جملته باعتباره يتجه الى التيسير أو التغليـظ وإنمـا يجـب أن ينظـر إليـه مـن حيـث إنطباقه على الواقعـة المعروضـة علـى القـاضى ، فقد يخـرج القـانون الجديـد مـن حكمه وقائع كان ينطبق عليها القانون القديم فيستفيد مـن ذلـك بعـض المتهميـن - أنظر فى ذلك نقض مصرى فى ١٦ ديسمبر ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونيـة - جـ٣ رقم ٤١٢ ص ٥١٤ . وفى نفس المعنى - نقض جنائى فى ١٩٦٢/١٢/١١- مجموعـة أحكـام النقـض س١٣ -ص٨٣٩ رقـم ٢٠٢) ، نقـض جنــائى فــى ١٩٤٩/١١/٨ - مجموعة أحكام النقض الجنائى -س١-رقم ١٦ ص ٤٦ .



وبمناسبة الحديث عن هذا الشرط نجد أن المشرع المصرى كان واضحا فى التفريق بين التشريع الذى يمحو الجريمة والتشريع الذى يخفف العقوبة ، فجعل الأول يسرى على الأفعال السابقة ولو كان قد حكم فيها نهائيا قبل صدوره ، فإذا صدر القانون الجديد قبل الحكم على المتهم ابتدائيا أو استئنافيا وجب على المحكمة المعروض عليها الأمر تبرئة المتهم وهى إن لم تفعل وطعن فى حكمها تعين إلغاء هذا الحكم ولو لم يستند المتهم فى طعنه إلى صدور ذلك القانون(١)، ويطلق سراح المتهم فورا إذا كان محبوسا أو مسجونا لأن الحكم يجب أن يوقف تنفيذه وتنتهى آثاره الجنائية الأخرى فى هذه الحالة(٢) كالغرامه ..... الخ هذا بالنسبة للتشريع الجديد الذى يمحو الجريمة ، أما بالنسبة للتشريع الذى يخفف العقوبة ويكون أصلح للمتهم فيشترط لسريانه على الماضى (الأفعال السابقة على صدوره) ألا يكون قد حكم على المتهم نهائيا وقت صدوره (٣) وذلك صريح بنص الفقرة الثانيه من قانون العقوبات المصرى .

---

(١) د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٢٥٧ -٢٥٨ فقرة ١٠١ .

(٢) انظر د. السعيد مصطفى البعيد - المرجع السابق ص١٠١ .

(٣) يقصد بالحكم النهائى فى تطبيق حكم المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى: الحكم البات الذى ستنفذ فى شأنه طرق الطعن العادى وغير العادى فيما عدا التماس إعادة النظر فصار لا يمكن إلغاؤه ، ولا يسوغ هنا التفسير اللغوى إذ ليس من العدل ولا من المصلحة أن يحرم المحكوم عليه من الاستفادة بقانون صدر قبل انقضاء الدعوى بحكم بات ، وأن المشرع الوضعى المصرى جانبه التوفيق عندما نقل نص القانون الإيطالى فى هذا الشأن ، ويؤيد ذلك أن المادة ٤٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى أجازت لمحكمة النقض نقض الحكم النهائى لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى ، وللمتهم من باب أولى أن يستند إلى ذات السبب فى الحكم النهائى الصادر له . انظر : نقض جنائى فى ١٩٦٣/١٠/٣١ مجموعة أحكام النقض الجنائى السنة ١٤ طعن رقم ١١٥ ص ٦٢٥ ، ونقض جنائى فى ١٩٦٣/٤/٣٠ المجموعة السابقة س١٤ ص ٣٧٨ - رقم ٧٥ ، وانظر القانون رقم ٥٧ السنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض .

وفـى جميـع الحـالات يطبـق القـانون الأصلـح وللمتهـم مـن وقـت صدور القانون لا من وقت نفاذه أو تاريخ العمل بـه (١) ونشـير فـى النهايه إلى ملاحظتين :

الأولى : أنه يمتنع على القاضى أن يطبق على متهم واحـد مـاهو أصلح له فى كل من القانونين القديم والجديد ، إذ ليس مـن وظيفتـه أن يخلق قانونا لاهو بالقديم ولا هو بالجديد .

الثانية : أنه إذا صدر " بعد القانون الثانى الذى جاء أصلح للمتهم وقبل صدور الحكم النهائى على هذا الأخير قـانون ثـالث أشد مـن سابقه : انتفى أساس تطبيق قاعدة القانون الأصلح لزوال هذا القانون وحلول قـانون أشـد محلـه وقـت الحكـم ، وتعيـن تطبيـق القـانون الأول"(٢) علما بأن هـذا الاستثناء يقتصـر علـى النصـوص الجنائيـة فقط ، ومن ثم لا يتعداها إلـى غيرهـا . لأن " مبـدأ القـانون الأصلـح للمتهم لا يكون إلا بصدد النصوص الجنائية الموضوعية التى تتصل بالتجريم والعقاب .... وليس من هذا القبيل النص اللائحـى المقـرر لإجراء إدارى يتحدد به مركز قانونى بدون حكم قضائى ولا ينطوى على جزاء جنائى .(٣)

١٣- الاستثناء الثالث : القوانين التفسيرية

يقصـد بالقانـــــون التفسـيرى : " القانـــــون أو التشـريع الـذى

---

(١) انظر نقض جنائى فى ١٩٦٢/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض الجنـائى - السـنة ١٣ ص ٣٦١ رقم ٩١ .

(٢) د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٢٥٩ فقرة ١٠١ وانظر حكم المحكمـة الإدارية العليا الصادر فـى ١٩٦٢/٦/٢ مجموعـة الإداريـة العليـا ٧-٩٧٩ - رقـم ٩٠ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ٦٢/١١/٢٤ مجموعة الإداريـة العليا س٨ ص١١٥ رقم ١٢ .

يصدر لإيضاح حكم وارد فى قانون أو تشريع سابق. (١)

وهذا التشريع يصدر عندما تختلف المحاكم فى تفسير قانون معين وهى بصدد تطبيقه على الوقائع المنظوره ، أمامها ، فيضطر المشرع إلى إصدار قانون تفسيرى يوضح فيه المقصود من القانون الذى اختلفت المحاكم حول تطبيقه ، فى مثل هذه الحالة يرجع تطبيق القانون التفسيرى إلى تاريخ نفاذ القانون الأصلى (٢)، ومن ثم فهو يطبق بأثر رجعى على وقائع تمت قبل صدوره ، فتطبقه المحاكم (٣) على الدعاوى المنظوره أمامها مالم يتم الفصل فيها بحكم بات ، أما الدعاوى التى تم الفصل فيها فلا شأن للتشريع التفسيرى بها ، حتى ولو كان ماصدر من أحكام جاءت على خلاف التفسير الذى ورد فى القانون .

وتأسيسا على ما تقدم فإن القانون المفسر يهدف إلى بيان المعانى المقصودة من النصوص الغامضة ويزيل الالتباس الذى ورد فى النصوص المبهمة ، مما حدا ببعض الفقه (٤) إلى القول بأن القانون التفسيرى لا يعد من القوانين التى تسرى بأثر رجعى لأنها لا تعد مستثناة بالمعنى الصحيح حيث تقتصر فقط على توضيح ما غمض أو أبهم من القانون الذى يجرى تطبيقه ، وهونفس القانون موضع

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص ٢٣١ - ٢٣٢ فقرة ١٣٩ .

(٢) د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص١٤١ ، وانظر سليمان مرقس - المرجع السابق ص٢٥٥ ، د. محمد على إمام - محاضرات فى نظرية القانون ط ١٩٥٤ ص ٣٥٧ ، مصطفى كامل يس - مجلة الاحكام القضائية - بغداد - المجلد الأول ص ١٨٢ ، د. توفيق فرج السابق ص٣٢٣ ، د. حسن كيرة - المرجع السابق ص٣٤٨ فقرة ١٩٠ .

(٣) انظر نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٥٩ - المحاماه -٤٠- ١٠٤٦ - ٢٠٦ مجموعة أحكام النقض س١٠ ص٢٩٠ رقم ٦١ .

(٤) انظر د. جمال زكى - المرجع السابق ص ٢٣٢ فقرة ١٣٩ ، د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١٧٤ ، ص ٢١٥ فقرة ١١٥

موضع التفسير ، وليس القانون المفسر ، كما أن المشرع لا يأتى فى القانون التفسيرى بقواعد جديدة تتنازع مع القواعد القديمة حتى يقال أن قواعد القانون المفسر تطبق بأثر رجعى ، بل لنا أن نتساءل، هل يمكن للقاضى أن يطبق القانون المفسر فى دعوى انتهت وحكم فيها طبقا للقانون القديم و اكتسب الحكم قوة الأمر المقضى ؟ الإجابة بإجماع الفقه والقضاء هى النفى ، " فإذا قيل بأن القانون المفسر يطبق على المنازعات التى مازال النظر فيها جاريا أمام المحاكم ، فنقول المقطوع به فى هذه الحالة أن تطبيق القانون على المراكز القانونية الجارية التى مازالت آثارها قائمة لا يعتبر تطبيقا بأثر رجعى بل هو التطبيق الفورى والمباشر لهذا القانون (١)

والواقع أن هذا الرأى هو الأقرب إلى الصواب - فى رأينا لأن القانون المفسر شأنه شأن أى قانون يجرى تطبيقه منذ تاريخ نفاذه بأثر فورى ومباشر بدليل أن القاضى لا يمكن أن يسحب أثره على الدعاوى التى تم الفصل فيها بحكم نهائى (بات) حتى ولو كان هذا الحكم قد جاء على خلاف التفسير الذى ورد فى القانون التفسيرى فالقول بأن للقانون التفسيرى أثر رجعى أقيم على افتراض لايطابق الحقيقة .

---

(١) د.عباس الصراف والدكتور جورج حزبون - المرجع السابق ص١١٠ ، وينتقدان المذهب الأول الذى يقول برجعية القانون المفسر - الذى يؤكد عليه د. عبد الحى حجازى حين يضرب مثالا على أن للقانون المفسر أثر رجعى لأنه يجبر القاضى فى حالة النزاع المعروض عليه أن يعطى الوقائع الماضية التى حدثت فى ظل القانون السابق الناقص تفسيرا كان من المحتمل ألا يأخذه ، ومن هنا كانت رجعية القانون المفسر رجعية حقيقية وهى حجة واهية فى نظرهما لتبرير الأثر الرجعى للقانون المفسر (انظر فى رأى الدكتور / عبد الحي حجازى فى هذا الصدد- المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ١٩٧٠ ص ٦١٤ .

١٤- الاستثناء الرابع : القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب : (١)

لئن كانت النظرية التقليدية تشترط لسريان القانون الجديد عدم المساس بأى حق مكتسب فى ظل القانون القديم ، إلا أنه استثناء من هذا المبدأ : يسرى القانون الجديد فيمس الحق المكتسب إذا كان متعلقا بالنظام العام والآداب "لأن القانون المتعلق بالنظام العام (والآداب) يجرف فى طريقه كل مايعترضه من حقوق مكتسبة "(٢) نظرا لأن هذه القوانين تتعلق بالنظام السياسى والإقتصادى والاجتماعى للدولة ومن ثم يجب إفساح المجال لها حتى تحقق أهدافها ولن يتحقق لها ذلك إلا إذا كانت ذا أثر رجعى حتى ولو مست حقا مكتسبا فى ظل قانون سابق ، خروجا على مبدأ عدم رجعية القوانين (٣) ومن تطبيقات هذا الإستثناء القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد .

فإذا كان هناك قانون يحدد سن الرشد بثمانية عشر عاما وكان شخص ما قد بلغ سن العشرين ، ثم صدر قانون جديد يجعل سن

---

(١) النظام العام عبارة عن مجموعة المبادئ الرئيسية فى بلدنا والتى تعتبر أساسا للقانون فى ذلك البلد ، والآداب العامة عبارة عن مجموعة من القواعد وجد الناس - فى أمة معينة - انفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس يسود علاقاتهم الإجتماعية (انظر د/ سليمان مرقس - السابق ص ١٤٢ ، ١٤٧ وانظر تعريفات النظام العام والآداب تفصيلا : مؤلفنا - المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية القانون ط ١٩٨٦م وانظر كذلك : نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٧٩ - مجموعة أحكام النقض س٣٠ ص ٢٧٦ رقم ٦٠ ، نقض مدنى فى ٢٢ إبريل سنة ١٩٨٠ - المجموعة السابقة س ٣١ ص ١١٩٣ رقم ٢٣٠ .

(٢) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٥٤ ، وانظر د. حسن كيره المصدر السابق ص ٣٤٦ ، د. عبد الناصر العطار - السابق ص ٢٠٢

(٣) راجع : Roubier, op. cit, t11, n0, 87,pp.109 ,111

الرشد إحدى وعشرين عاما ، فهذا القانون الجديد يسرى فورا على كل من لم يبلغ هذه السن عند نفاذ القانون الجديد ، ومن ثم يعود الشخص الذى بلغ عشرون سنة عند نفاذ القانون الجديد قاصرا ، ولا يجديه تمسكه بأنه قد اكتسب حقا فى ظل القانون القديم ،لأن تحديد سن الرشد أمر يتعلق بالنظام العام .، وكذلك الحال فى القوانين التى تحرم الرق ، فهى تتعلق بالنظام العام وتنسحب على الماضى ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها (١) رغم ما فى ذلك من مساس بحقوق مكتسبة لمالكيهم عليهم ، وكذلك إذا كان هناك قانون معين يبيح الطلاق بالأرادة المنفردة للرجل ، ثم صدر قانون جديد يستوجب إذن القاضى فى إيقاع الطلاق ، فإن كل الأزواج يخضعون لهذا القانون الجديد - حتى الذين تزوجوا قبل نفاذه - ولا يجديهم تمسكهم بأنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم واكتسبوا بمقتضاه خقا فى إيقاع الطلاق بإرادتهم المنفردة . (٢)

ويلاحظ أن جانبا من الفقه (٣) يرى أن نطاق النظام العام فى خصوص سريان القانون على الماضى أضيق من نطاقه العادى فمنهم من يرى أن القوانين الناهية أو المحرمة (les loi prohibitives) هى وحدها من بين القوانين المتعلقة بالنظام العام التى يجب أن تسرى بأثر رجعى لأنها تمس فعلا حقا مكتسبا لا

---

(١) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢١٥ ،٢١٦ فقرة - ١١٥، وانظر : د. جسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٤٧ فقرة ١٩٠ ، د. جمال زكى - المرجع السابق ص٢٣٠ ، د. عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت - المرجع السابق ص١٩٨ فقرة ١٥٥ ، د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص١٤٠ ، د. عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ٢٠٢ .

(٢) انظر : نقض مدنى فى ١٩٥٤/٥/٢٢ مجموعة القواعد القانونية ص١٥٨ رقم ١٥٤ .

(٣) انظر : Roubier, op. cit, t II No. 87.109,110

وانظر د/ سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٥٤ هامش ١٦١ ، د. مصطفى كامل يس - المرجع السابق ص المجلد الأول ص ١٩٤ .

يمكن اهداره ، ومنهم (١) من يقصر رجعية القوانين على بعض قوانين النظام العام ذات الأهمية القصوى وهى بالتحديد القوانين التى يقصد بها حماية مصلحة عامة كالقوانين التى تفرض السعر الإلزامى للعملة الورقية ، فيسرى التشريع الذى يفرض السعر الإلزامى للعملة الورقية على جميع العقود التى أبرمت قبل تاريخ العمل به والتى لم يتم تنفيذها وقت نفاذه ، بحيث يصبح باطلا وفقا له " شرط الدفع بالذهب " الذى يكون مدرجا فيها رغم وجود حق مكتسب للدائن فيه .(٢)

ويتضح مما سبق أن هذا الفريق بقسمية يقسم النظام العام إلى فكرتين ، وهى فى الحقيقية تفرقة لا تستند إلى أساس سليم لأن فكرة النظام العام هى فكرة واحدة فى البلد الواحد (٣) ولأن المصلحة العامة التى يحميها النظام العام تكمن فى طياتها المصلحة الخاصة فى الغالب الأعم .

١٥- تقدير النظرية التقليدية :

هذا هو مضمون النظرية التقليدية التى سادت فى فرنسا فى القرن الماضى ولاقت رواجا كبيرا فى الفقه والقضاء حتى غدت حينذاك

---

(١) انظر : Bekaert ,: op . cit, No. 264 .

وانظر د. توفيق فرج - السابق ص ٣٥٢ فقرة ١٩٩ ، د. عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت - السابق ص١٩٩ ، د. حسن كيرة - السابق ص ٣٤٧ .

(٢) وعلى ذلك لا تسرى القوانين التى تعين الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، فهى تعتبر متعلقة بالنظام العام من حيث عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها ، ولا تعتبر متعلقة بالنظام الذى يبرر سريان القوانين الجديدة على العقود السابقة (انظر د. سليمان مرقس - السابق ص ٢٥٥).

(٣) انظر فى ذلك د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - الموضع السابق د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - هامش ١ ص ٢١٦ .

وكأنها من المسلمات (١) ولازال أثرها ملموسا إلى اليوم فى أحكام القضاء (٢) فى فرنسا- رغم تخلى الفقه الحديث عنها - حيث لازالت المحاكم حتى اليوم تستعمل اصطلاحى " الحق المكتسب " و" مجرد الأمل "

غير أن سلطان هذه النظرية أخذ فى الأفول بعد أن تعرضت لنقد شديد من جانب الفقه الحديث (٣)، نظرا لما انطوت عليه من عيوب كثيرة يمكن حصرها فيما يلى :

أولا : قيام النظرية على أساس غامض :

فالنظرية التقليدية تقوم على أساس التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وهو معيار غير دقيق (٤)، لأن أنصار هذه النظرية لم يستطيعوا أن يضعوا تعريفا محدد أو دقيقا للحق المكتسب الذى يتميز عن مجرد الأمل فى جميع الحالات ، فهل يعتبر الحق المعلق على شرط (٥) حقا مكتسبا لا يجوز للقانون الجديد المساس به ،أم مجرد أمل يجوز المساس به ؟ وهل يعتبر حق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير قبل قبوله حقا مكتسبا أم مجرد أمل فى الحق موضوع الاشتراط إلى حين هذا القبول ؟ وهل يعتبر حق الموهوب له مكتسبا أم مجرد أمل ، مع الأخذ فى الإعتبار أن الواهب يجوز

---

(١) راجع :د. حسن كيره – المرجع السابق ص٣٤٩ فقرة ١٩١ ، د. عبد الودود يحي – المصدر السابق ص١٤١ ، د. توفيق فرج السابق ص٣٢٣ .

(٢) انظر : نقض مدنى فرنسى فى ١٩٦٨/١٠/٢٢ note frank (D.1968,728 ,

(٣) انظر : Varèilles-sommiéres Une thearie nouvelle sur la rétroactivité des lois Riu crit de leg et jurisprudence , 1933 pp.444 ets , 492 ets .

(٤) انظر د. نعمان جمعة – المصدر السابق ص٢٤٢،د. عبد الودود يحي – المصدر السابق ص١٤١ ،د. سليمان مرقس – السابق ص٢٦٠ فقرة ١٠٢.

(٥) الحق المعلق على شرط : هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع بترتب على تحققه وجود التزام اوزواله .

له أن يرجع فى هبته فى بعض الحالات (١) .. الخ من أجل ذلك حاول أنصار النظرية التقليدية أن يعرفوا الحق المكتسب فقالوا أنه " كل ما يرتبه القانون على واقعة معينه من نتائج حتمية مباشرة suite necessaire et directe بحيث يمكن النظر إليه منذ حدوث تلك الواقعة على أنه نتائج محققه ، وأن مجرد الأمل هو النتائج غير المباشرة التى يمكن أن تتحقق أو لا تتحقق suit possible et indirecte غير أن هذا التعريف لا يؤدى إلى حل المسألة إذ يبقى الأمر محتاجا إلى تعريف ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة (٢) ولذلك لجأ فريق من أنصار النظرية التقليدية إلى القول بأن الحق المكتسب هو الذى لا يمكن للقانون الجديد أن يمسه إلا أن هذا التعريف ينطوى على الوقوع فى حلقة مفرغة (٣) فالقانون يعتبر رجعيا إذ مس حقا مكتسبا ، والحق المكتسب هو الذى لا يستطيع القانون المساس به ، وإذا مسه القانون كان رجعيا ، وهكذا نعود إلى نقطة البداية ، وهى متى يكون القانون رجعيا ؟ ومن ثم لجأ فريق ثالث من أنصار هذه النظرية إلى القول بأن الحق المكتسب

---

(١) كما لو توافر عذر مقبول للرجوع فى اللهبه ولم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها ، انظر فى ذلك المادة ٥٠٠/٢ من التقنين المدنى المصرى ، ورسالتنا لنيل العقد درجة الدكتوراه (إنقضاء العقد بالإلغاء والرجوع فى القانون المدنى والفقه الإسلامى – دراسة مقارنة ص ٥١٤ - ٥٢٠ .

(٢) د. سليمان مرقس - السابق ص ٢٦١ .

(٣) انظر د. أحمد سلامة - السابق ص ٢١٨ فقرة ١٠٦ ، د. توفيق فرج - المصدر السابق ص ٣٢٥ فقرة ٢٠٠ ، د. عبد الودود يحي - السابق - الموضع السابق ، توفيق فرج - السابق ص ٣٢٥ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى - السابق ص ١٥٥ ، د. جميل الشرقاوى السابق ص ١٨٠،١٨١ .

وانظر :

planiol- Ripert et Boulanger : le droit- civil 1935, t.I.p.112.ets

يعنى أن يكون للشخص مصلحة يحميها القانون (١) إلا أن هذا التعريف أيضا غير دقيق فى كثير من الحالات ، فالشخص الذى تزوج فى ظل قانون يبيح الطلاق بالإرادة المنفردة ، ثم يصدر قانون جديد لا يبيح الطلاق إلا على يد القاضى ، هل اكتسب هذا الشخص الحق فى إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وفقا للقانون الذى تزوج فى ظله ، ومن ثم لا يسرى عليه القانون الجديد وإلا أخل بحق مكتسب ،أم أن هذا الزوج لم يكن له إلا مجرد أمل فى طلاق زوجته بإرادته المنفردة عندما صدر القانون الجديد ؟ لا يمكن الجزم بصواب أى من الأمرين ؟ (٢) لعدم دقة ضابط التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل الذى تستند إليه النظرية التقليدية .

ثانيا : أساس النظرية التقليدية يؤدى إلى نتائج غير مقبولة :-

عيب على النظرية التقليدية أن الأخذ بمعيار " الحق المكتسب - الذى يعتبر أحد دعائمها - يؤدى إلى نتائج غير مقبولة من الناحية المنطقية (٣)، إذ أن منطق مبدأعدم الرجعية فى القانون وفهم هذا المبدأ على أنه يعنى عدم المساس بالحقوق المكتسبة يؤدى إلى القول بأن القوانين الجديدة لأ تملك المساس بأى حق من الحقوق القائمة من قبل ، أو الغاءها أو تعديلها ،" فإذا اصدرت قوانين جديدة تعدل نظام الملكية مثلا فمعنى ذلك أن هذه القوانين لا تطبق مثلا على

---

(١) انظر فيما أشارت إليه محكمة النقض المصرية من تعدد الآراء فيما يتعلق بتعريف الحق المكتسب : حكمها الصادر فى ٢٦ نوفمبر ١٩٣١ طعن رقم ٢ س١ق - المحاماه س١٢- ص٣٠١ رقم ١٦٠ وانظر أيضا حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٤٩/٤/١٠ - مجموعة أحكام مجلس الدولة س٣ ص ٥٩٨ رقم ١٦٤ .

(٢) انظر د. عبد الفتاح عبد الباقى - السابق ص٢٥٢ ، د. منصور -- السابق ص١٩٦ .

(٣) انظر : Robier : op - cit, t.l, No.36, p . 326

الملكيات القائمة و إلا كانت رجعيـــة "(١) أى أن المشر ع الوضعى لا يستطيع أن يضع قانونا يضع الحد الأقصى للملكية ،لأنـه إن فعل ذلك يكون قد مس بحق مكتسب فى ذمـة صاحبـه و هذا القول يقف عقبة فى سبيل أى إصلاح ينشده المجتمع .(٢)

ثالثا : النظرية التقليدية تخلط بين الأثر الرجعى والأثر الفورى للقانون :-

أخذ على النظرية التقليجية أنها تخلط بين الأثـر الرجعـى و الأثر المباشر للقاعدة القانونية الجديدة ، فحين تكلمت هذه النظريـة على الاستثناءات الواردة على منطوقها - أشارت إلى أنه إذا تعلـق القـانون الجديد بالنظـام العـام فإنـه يسرى علـى المـاضـى ، مـع أن التفسـير الصحيح هو أن القانون الجديد لا يسرى على المـاضى وإنمـا يطبـق بأثر فورى أو مباشر (٣) فالقوانين الجديدة لا يعدو سريانها أن يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع إلى الماضى وإنمـا يبتدئ مـن يـوم نفاذهـا ، فالنظرية التقليدية ترى - مثلا - فى تطبيق القانون القاضى بتحريم

---

(١) د. توفيق فرج - المصدر السابق ص٣٣٧ فقرة ٢٠٠ وفى هذا المعنـى د. أحمد سلامة - المصـدر السـابق ص ٢١٨،٢١٧، د. محمـود جمـال الديـن زكـى - المصدر السابق ص ٢٣٣، د. حسن كيره - المصدر السـابق ص ٣٤٩ فقـرة ١٩١، د. نعمان جمعة - المصدر السابق ص ٢٤٢ .

(٢) راجع فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, op cit., t.1 No. 106,p.173 - Ripert et Baulanger op cit., t.1. No 285 - Roubier, op . cit., t.1, No 36,p.362

(٣) انظر د. أحمد سلامة - المصدر السابق ص ٢١٨ ، د. توفيـق فـرج - المصـدر السـابق - الموضـع السـابق د. عبد المنعم فـرج الصـدة - المصـدر السـابق - ص١٤٩ فقرة ١٢٤ ، د. عبد الحـى حجـازى - المصـدر السـابق ص ٦١٧ ، د. عباس الصراف ،جورج حزبون - المصدر السابق ص١١١ ،عبد الرازق فرج - السابق ص١٨٨ ومابعدها .

الرق على كل من يملك رقيقا وقت نفاذه ، وفى تطبيق القانون القاضى برفع سن الرشد على من كانوا راشدين فى ظل القانون القديم ولم يكونوا قد بلغوا سن الرشد فى ظل القانون الجديد ، وفى تطبيق القانون القاضى بجعل الطلاق بيد القاضى بعد أن كان بالإرادة المنفردة للزوج فى ظل القانون القديم أمثلة من التطبيق الرجعى للقانون الجديد (١) على سبيل الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية لتعلق القانون الجديد بالنظام العام ، وهذا فهم غير سديد،لأن القانون الجديد لو كان له أثر رجعى لاعتبر الرقيق حرا قبل صدوره ،مع أن الرقيق لا يصبح حرا إلا فور صدور القانون الجديد وليس قبل ذلك (٢) ولو أن القانون الجديد كان له أثر رجعى لبطل كل طلاق وقع بالإرادة المنفردة للزوج قبل صدوره مع أنه يبقى صحيحا ، وكل ما فى الأمر أن الزوج قد سلب حق إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة إعمالا لنص القانون الجديد بلا رجعية بدليل أن كل طلاق تم بالإرادة المنفردة قبل صدوره يظل صحيحا .

ولو أن القانون الجديد كان له أثر رجعى لكانت تصرفات من عاد قاصرا وفقا لأحكامه التى أبرمها بعد بلوغه سن الرشد وفق القانون القديم وقبل صدور القانون الجديد باطلة أو قابلة للإبطال حسب الأحوال – مع أنها صحيحة بالرغم من أن صاحبها قد عاد قاصرا وصحتها دليل على عدم سريان القانون الجديد على الماضى.(٣)

وهكذا خلطت النظرية التقليدية بين الأثر الرجعى والأثر الفورى أو المباشرللقانون مما حدا بأنصار هذه النظرية إلى القول باستثناء

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص ٢٣٤ .

(٢) انظر د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٢٦٢ فقرة ١٠٢ ، د. عبد الودود يحي المرجع السابق ص ١٤٢ ، د. نعمان جمعه – المصدر السابق ص ٢٤٢ – ٢٤٣ .

(٣) د. أحمد سلامة – المرجع – ص ٢١٨ – ٢١٩ ، د. حسن كيرة المرجع السابق ص ٣٥٠ ، د. عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٢٠٣ وما بعدها .

القوانين المتعلقة بالنظام العام من مبدأ عدم رجعية القوانين ، بل وزيادة عدد الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية على النحو السالف بيانه فى حينه ، وما كان أنصار هذه النظرية بحاجة إلى تقرير هذه الاستثناءات الكثيرة لو أنهم تنبهوا إلى الفرق بين الأثر الرجعي والأثر الفورى للقانون الجديد ، وهذا ما تنبه إليه أنصار النظرية الحديثة حين صاغوا بدقة قواعد التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد وهو ماسنعرض له تفصيلا فى المبحث التالى "

المبحث الثانى

النظرية الحديثة
فى التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر
للقانون الجديد

٥١- تمهيد :

إزاء الانتقادات التى وجهت إلى النظرية التقليدية ، انصرف عنها الكثير من الفقهاء ، وبحثوا عن أساس آخر لحل مشكلة رجعية أو عدم رجعية القانون ، وبدأت ملامح هذا الأساس ، فنشأ بذلك مايسمى بالنظرية الحديثة فى نهاية القرن التاسع عشر فى فرنسا خاصة فى مقالة الفقيه الفرنسى الشهير - "De vareilles sommiére " التى نشرها عام ١٨٩٣ بعنوان " نظرية جديدة فى رجعية القوانين"(١) وفى هذا المقال تحدى أعظم الفقهاء أن يعرف الحق المكتسب ومجرد الأمل تعريفا مقبولا ودقيقا ، وأيده فى ذلك كثير من الفقهاء على رأسهم بلانيول الذى أوضح أن التقسيم إلى حق مكتسب ومجرد أمل تقسيم فاسد ومصطنع ، وبدأ معظم الفقه الفرنسى يؤيد هذه النظرية الحديثة ، وفى مقدمة الفقهاء الذين اتجهوا إلى الأخذ بها بعد سوميير وبلانيول : كابيتان ، وديموج وديجى وغيرهم . (٢)

1- vareille -sammiér : une théarie nouvelle sur la rétroactivite des lois .Reu crit de lég et jurisprudence. 1933. pp. 444 ets . 492 ets.

٢- انظر د/ سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٢٦٣ ،د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص٣٣٠ فقرة ٢٠١ د/ حسن كيره- المرجع السابق ص ٣٥٧ ف ١٩٦ د. جميل الشرقاوى - المرجع السابق ص ١٨٢ وما بعدها .

يبد أن الفقيه الفرنسي الكبير (روبيه :(١) Roubier) كان له الفضل الأكبر في يسط هذه النظرية والدعوة إليها حين وضع كتابه القيم والذي يقع في جزءين بعنوان " تنازع القوانين في الزمان ويعتبر هذا المطول أهم ماكتب في هذا الموضوع (٢) وسنعرض للنظرية الحديثة وفقا لأراء هذا الفقيه وإن كانت أراؤه تختلف في بعض الجزئيات عن أراء غيره من أنصار النظرية الحديثة ، إلا أنهم جميعا يتفقون على أن جوهر النظرية واحد (٣) وهو التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد .

١٦- دعائم النظرية الحديثة (مضمونها على درجة الإجمال):

تقوم النظرية الحديثة على التفرقة بين سريان القانون على الماضي وبين الأثر الفوري للقانون ، فكما أنه من الواجب ألا

---

(١) انظر في ذلك : Roubier : les conflits de lois dans les temps,2 vols, 1929 - 1933.

وانظر Repert et Boulanger, op. cit., t.1. Nos. 278 - 315.- colin, capitant : et De la morandiere,op. cit .,t.1 Nos .48- 62 .

(٢) وقد أصدر هذا المؤلف أخيرا طبعة موجزة ومركزه لهذا الكتاب بعنوان

le droit - transitoire (conflits des lois dans le temps) 1960 .

(٣) انظر في ذلك : د. حسن كيرة - المصدر السابق ص٣٥٧ فقرة ١٩٦ د. سليمان مرقص - المصدر السابق ص١٦٣ وما بعدها د. عبد الودود يحي - المصدر السابق ص ١٤٣ ،د. توفيق فرج- المصدر السابق ص ٣٣٠ فقرة ٢٠١ ،د. سمير تناغو - المصدر السابق ص ٦٧٠ وما بعدها ،د. عبد المنعم البدروى - المصدر السابق ص ١٧٨ وما بعدها د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٣ ،د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٢٠٤ وما بعدها ، د. منصور مصطفى منصور - المصدر السابق ص٢١٥،د. حسام الدين الأهوانى - المرجع السابق - ص ٣٢٦ وما بعدها ،د. عبد الرزاق حسن فرج - المرجع السابق ص ١٩١ ومابعدها ،د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٢٦ ومابعدها .

يسرى القانون الجديد على الماضى (عدم رجعية القانون) يجب كذلك ألا يطبق القانون القديم بعد الغائه ،لأن المشرع حينما يقوم بتغيير القانون فهو يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة الجماعة باستحداث حلول أفضل مما كانت فى القانون القديم ، وذلك بتطبيق أحكام القانون الجديد على أوسع نطاق ، وهو - فى نفس الوقت - ان استمر فى تطبيق القانون القديم بعد الغائه يعكس ازدواجا فى التشريع لأنه حينئذ يطبق القانون القديم على بعض الوقائع ، ويطبق القانون الجديد على البعض الأخر مما يمثل مظهرا بالغا فى السوء للسياسة التشريعية.

وتأسيسا على ما تقدم فإن النظرية الحديثة تقوم على دعامتين رئيسيتين :

الأولى : عدم رجعية القانون الجديد ،أى أن القانون الجديد لا يسرى على ما سبق يوم نفاذه .

الثانية : الأثر المباشر أوالفورى للقانون الجديد ،أى أن القانون الجديد يسرى ابتداء من يوم نفاذه ويحكم كل مشاكل المستقبل .

فتحديد نطاق تطبيق القانون الجديد من حيث الزمان له وجهان : **وجه سلبى هو : انعدم أثره الرجعى ووجه إيجابى هو أثره** المباشر[1] ويرى أنصار هذه النظرية أن صياغة النظرية الحديثة لهاتين الدعامتين لا تحل جميع المشاكل " إذ يبقى مع ذلك تحديد أى المشاكل ينتسب إلى الماضى فلا ينطبق عليه القانون الجديد وأيها ينتسب إلى المستقبل فيخضع لهذا القانون ، وقد كان من الممكن لهذه الصياغة أن تصفى المشاكل لو أن المراكز القانونية نشأت ورتبت آثارها فى لحظة معينة إذا كان يكفى تحديد تاريخ نشوء هذه المراكز حتى يتحدد بالتبعيه انتسابها إلى المستقبل أو إلى الماضى ، ولكن ما

١- د. توفيق فرج - السابق ص ٣٣٩ فقرة ٢٠١ ،د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٥٧ فقرة ١٩٦ ،د. جمال الدين محمود زكى - المصدر السابق ص ٢٣٥ فقرة ١٤١ ،د. عبد المنعم فرج الصدة - المصدر السابق - ص ١٤١-١٥٠ فقرة ١٢١ - ١٢٧ .

يجرى فى العمل أكثر تعقيدا من ذلك فقد يمتد تكون المركز القانونى إلى فترة زمنية طويلة كما هو الحال بالنسبة للتقادم المكسب، وقد يستغرق إنتاج المركز القانونى لآثاره فترة طويلة كما هو الحال بالنسبة للآثار التى تترتب على الزواج ، إذ من طبيعته أن يدوم . وأخيرا قد يمتد إنهاء مركز قانونى خلال فترة طويلة كما هو الحال بالنسبة للتقادم المسقط .. ثم أن كلا من الدعامتين ليس مطلق التطبيق بل يرد عليه بعض الاستثناءات (١) .

وسنعالج فى هذا المبحث كل دعامة من هاتين الدعامتين فى مطلب مستقل ثم نزيل هذا المبحث بمطلب ثالث نخصصه لمعالجة الأثر المباشر للقانون الجديد .

٢- د. أحمد سلامة - المصدر السابق ص ٢٢٠ فقرة ١١٧ .

المطلب الأول

إنعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد

١٧- القاعدة : عدم رجعية القانون الجديد :

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثـر رجعـى ، فلا يمس النطـاق الذى يطبق فيه القانون القديم ، ومن ثم لا يملك القانون الجديد إعـادة النظر فيما تم فى ظل القانون القديم من تكوين أو انقضـاء المراكـز القانونية ، أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضـاء أو ما ترتب من آثار على مركز قانونى معين (١) وإلا كان رجعيـا (٢) والمركز القانونى اصطلاح ينطبق على المراكز الفردية التى يمكن الاحتجاج بها فى مواجهة الكافة ، كمركز المـالك مثـلا (٣) ، وعـدد المراكز القانونيـة كثيرة وغير قابلـة للحصـر ، ففـى نطـاق قـانون الأحوال الشخصية يوجد مركز الـزوج ، ومركـز الابن الشرعى ، ومركز الوصـى ، ومركـز القيـم ، ... الـخ وفـى نطـاق قـانون المعاملات (الأموال) يوجد مركز المـالك ، ومركـز البـائع ومركـز المشترى ، ومركز الـدائن ومركز المدين ومركز صاحب حـــق

---

(١) د. عبد الودود يحـي - المصـدر السابق ص ١٤٤ ، د. حسن كيرة - المصـدر السابق ص ٣٥٨ فقرة ١٩٧ د. أحمـد سلامة - المصـدر السـابق ص ٢٢٠ فقرة ١١٨ ، د. نعمان جمعـة - المصـدر السـابق ص٢٤٤ ، د. عبـاس الصـراف ، د. جورج حزبون - المصدر السـابق ص١٠٥ ، د. عبـد الحى حجـازى - المصـدر السابق ص ٥٨٦ .

(٢) يعتبر التشريع ذا أثر رجعى إذا تنـاول مـاوقع قبـل صـدوره سـواء لإعـادة تنظيم الشروط اللازمة لشرعية تصرف معين أو لإلغاء ماسبق أن ترتب من الأثار علـى حق معين أو تعديلـه ، وفـى غير ذلك من الأحـوال لا يعتبر أن للتشـريع أثـر رجعى.(انظر فى ذلك د. سليمان مرقص - المرجع السابق ص ٢٣٦ بند ١٠٤)

(٣) انظر د. سمير تناغو - المصدر السابق ص ٦٧٢ ،د. جمال الدين محمود زكـى - المصدر السابق ص ٢٣٦ ، وحسن كيرة المرجع السابق ص ٣٦٠،٣٥٨ .

الإنتفاع ، ومركز الدائن المرتهن .. الخ .

وهذه المراكز القانونية لاتنشا وتنتج أثارها فى وقت واحد ، وإنما قد تستغرق وقتا قد يطول أو يقصر (١) فإذا صدر قانون جديد، وطبق على ماتم من هذه المراكز القانونية فإنه يكون ذا أثر رجعى، وإذا لم يمس إلا ما يتم بعد تطبيقه فإن هذا هو الأثر الفورى أو المباشر للقانون والذى سنتحدث عنه تفصيلا فيما بعد وجدير بالذكر أن الصعوبة تظهر فى بيان حدود تطبيق عدم الرجعية بالنسبة إلى المراكز القانونية التى قد يستغرق تكوينها أو انقضاؤها أو ترتيب آثارها فترة من الزمن إذا صدر قانون جديد خلال هذه الفترة يعدل من هذه المراكز ، حيث ينبغى معرفة مدى أثر القانون الجديد على هذه المراكز .

ولتوضيح هذا الأثر ينبغى التفرقة بين القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية ، وبين القواعد المتعلقة بآثار تلك المراكز.

١٨- أولا : القوانين المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية :-

١- هناك مراكز قانونية تتكون وتنقضى فى لحظة واحدة ، كحقوق الورثة فى التركة حيث تنشأ فى لحظة وفاة المورث وكاالتزامات التى تنتج عن الفعل الضار كجنحة قتل خطأ أو حريق بإهمال ، أو جناية قتل أو حريق عمد حيث تنشأ دعوى المسئولية فور وقوع الجريمة (٢) وكاتفاق المتعاقدين (البائع

---

(١) انظر د. عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق ص ١٤١ ، د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٤٤ ، د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص٢٢١ ف ١١٨ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٣٠ ، د. حسن كيرة المرجع السابق - الموضع السابق .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٣٦ ،د. عبد المنعم الصدة - المصدر السابق ص ١٤١ فقرة ١٢٦ ، د. حسن كيرة - المصدر السابق ص ٣٥٨، د. توفيق فرج - المصدر السابق ص ٣٨١ ، د. أحمد سلامة - المرجع-

والمشترى) على بيع منقول ما ، فينشأ العقد وتنتقل الملكيـة إلـى المشترى بمجرد توافق الإرادتين وكابراء الدائن مدينه مما عليـه من دين ، فينقضى الدين بمجرد الإبراء إذ ينقضى مركز الدائـن فى اللحظة التى يتم فيها هذا الإبراء وكالمقاصة بين الدينين التـى تتم بمجرد تقابلهما فى الذمتين ....إلخ ففى هذه الأمثلـة وأشباهها لايمكن للقانون الجديد أن يمس مانشأ أو انقضى من هذه المراكـز قبـل نفـاذه وإلا اعتبر ذا أثـر رجعـى ، فالقـانون الـذى يغير مـن ترتيب الورثة أو يغير فى نصيب كل وارث لا ينطبق على تركة المتوفى قبل العمل به ، والقانون الذى يغير أو يعدل فى عنـاصر المسئولية لا ينطبق على أى فعل ضار وقع قبل نفاذه ، والقـانون الذى يستوجب الشكل الرسمى فـى التنـازل عن الحق لا ينطبـق على تنازل تـم فـى ورقـة عرفيـة وفقـا لقـانون قديـم لا يسـتوجب الرسـمية فـى التنـازل عـن الحـق ، والقـانون الـذى يعدل شـروط المقاصة القانونية لا ينطبق على أى مقاصة تمت فى ظـل قـانون سابق .(١)

٢- وهناك مراكز قانونية يستغرق تكوينها أو انقضاؤها فترة طويلـة من الزمـن (أى لاتنشـأ أو تنقضـى فـى لحظـة واحـدة) كالتقـادم المكسب(٢) الذى يتطلب حيـازة مسـتمرة فـترة معينـة مـن الزمـن وبتوافر شروط مخصوصـة ، فـــإذا وضـع شـخص يـده علـى عقـــار مملوك لغيره بنيـة تملكـه وانقضـت المـدة اللازمـة للتملك بالتقادم المكسب قبـل صدور القانـون الجديد فإنـــه يصبح

-السابق ص ٢١١ ، د. نعمان جمعة – المصدر السـابق ص ٢٤٤ ، د. عبد الـودود يحي – المرجع السابق ص١٤٤ .

(١) انظر : Roubier op. cit., t.1,No . 44., pp. 385, 386

(٢) التقادم المكسب يكون لكل من حاز عقـارا أو منقو لا دون أن يكـون مالكـا لـه ، ويكون لكل من حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، ويكون للشخص اكتساب ملكيـة الشـئ أو الحـق العينـى إذا ستمرت حيازتـه دون انقطاع خمس عشرة سنه (م٩٦٨ مدنى) وانظر المواد من ٩٦٩، ٩٧٧

مالكا ، ولا يتأثر مركزه القانونى إذا صدر قانون جديد يطيل مدة التقادم المكسب ، ونفس الأمر فى التقادم المسقط[١] للحقوق العينيه وإذا بلغ شخص سن الرشد فى ظل قانون يجعل هذه السن ثمان عشرة سنة[٢] ثم أبرم بعض التصرفات القانونية (بيع - شراء - إيجار - اقتراض - الخ) .

ثم صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى إحدى وعشرين سنة .

فإن التصرفات التى يكون قد باشرها حين بلغ سن التاسعة عشرة عند صدور القانون الجديد تظل صحيحة حتى ولو كانت ضارة به ضررا محضا لأنه أبرمها وهو راشد وفقا لأحكام القانون القديم ، وإن كان هذا الشخص يعود قاصرا فإن ذلك يكون بالنسبة لما يبرمه من تصرفات بعد صدور القانون الجديد [٣]، ويصدق نفس الكلام فى حالة ما إذا كان القانون القديم لا يشترط لإنعقاد العقد شكلية معينة ، ثم صدور قانون جديد يشترط لإنعقاد العقد إفراغه فى ورقة رسمية ، فإن العقد الرضائى الذى كان كذلك بمقتضى القانون القديم يعتبر صحيحا ونافذا فى ظل القانون الجديد [٤] ، ونفس القول يصدق بالنسبة للزواج ،فإذا كان

---

(١) التقادم المسقط هو انقضاء الالتزام بإنقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الحالات الاستثنائية التى وردت فى المواد ٣٧٥، ٣٧٨ مدنى مصرى وهى التى تعالج التقادم الخمسى والتقادم الثلاثى والتقادم السنوى .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده - المصدر السابق ص ١٤٢ ،د. نعمان جمعة المصدر السابق ص ٢٤٤ ، د. عبد الودود يحي - المصدر السابق ص ١٤٥ .

(٣) د. أحمد سلامة - المصدر السابق ص ٢٢١ فقرة ١١٨ ، د. توفيق فرج المصدر السابق ص ٣٣١ ، د. عبد الودود يحي - المصدر السابق ص١٤٥، د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٤ ، د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٥٩ .

(٤) د. عباس الصراف ، د. جورج حزبون - المصدر السابق ص ١٠٥ ، د. نعمان جمعة - المصدر السابق ص ٢٤٤ .

القانون القديم يبيح الطلاق بالإرادة المنفردة ، ثم صدر قانون جديد يشترط لحصول الطلاق أن يقع أمام القاضى فإن القانون الجديد لا يؤثر على حصول الطلاق وفقا للقانون القديم. (١)

٣- إذا كان المركز القانونى يتكون من عدة عناصر تحقق بعضها فقط فى ظل القانون القديم . ثم صدر قانون جديد يعدل هذه العناصر : فإن القانون الجديد ينبغى ألا يمس ماتوافر من هذه العناصر اللازمة لتكوين المركز القانونى أو انقضائه - فى شروط صحتها وفى آثارها (٢) إذا كان لهذه العناصر أثر قانونى خاص ،أما العناصر التى لم يتم تكوينها أو انقضاؤها : فإنها تخضع للقانون الجديد دون أن يعتبر هذا سريان للقانون على الماضى ، من ذلك مثلا : المركز القانونى الناشئ عن الوصية فهو لا يتكون إلا بإجماع عنصرين :

أ- إبرام وصية صحيحة .

ب- وفاة الموصى .

ولا يغنى أحد العنصرين عن الآخر (٣) ، فإذا كان القانون يكتفى بأن تصدر إرادة الموصى فى ورقة عرفية ، وفعلا قام الموصى بتحرير الوصية فى هذا الشكل ، وقبل وفاته صدر قانون

---

(١) د. أحمد سلامة - المصدر السابق - المرجع السابق ، د. حسن كيرة - المصدر السابق ص ٣٥٩ ، د. عبد الودود يحي - المصدر السابق ص ١٤٥ ، د. عبدالمنعم الصدة - المصدر السابق الموضع والإشارة السابقه .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د. عبد الودود يحي المصدر السابق ص ١٤٥ .

(٣) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٢٢، د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د. لاشين محمد يونس الغياتى - المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٨٣ - ص ٢٧٦ ،د. عبد الرزاق السنهورى ، أحمد حشمت أبو ستيت السابق ص ١٩٢ ، د. مصطفى الجمال ورمضان أبو السعود فى مبادئ القانون ١٩٨٩ ص ١٢٨ .

جديد يتطلب شكلا معينا لإبرام الوصية كافراغها فى ورقة رسمية ، أو عدل القانون الجديد من أهلية الإيصاء (١)، فلا أثر للقانون الجديد على صحة إبرام الوصية التى تمت قبل نفاذه ،أى أن الوصية تظل صحيحة فى شكلها العرفى لأن إبرام الوصية يخضع من حيث صحته للقانون القائم وقت تمامه - إذ أن للعمل القانونى فى هذه الحالة قيمة قانونية ذاتيه حتى ولو كان لا ينتج أثره إلا بعد وفاة الموصى.(٢)

وفى التقادم : يستوجب الوضع القانونى الذى ينتج عن التقادم المكسب أو المسقط مضى فترة طويلة من الزمن ، فيجب فى التقادم المكسب حيازة المال خمس عشرة سنة وفى التقادم المسقط سكوت الدائن عن حقه مدة معينة ، ولا يسرى القانون الجديد الذى يصدر بعد بدء التقادم وقبل تمامه على ما يجتمع فى ظل القانون القديم من العناصر التى تهم تكوينه وتكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة (٣) ، فالقانون الجديد لا يسرى على العناصر المتصلة

---

(١) د. عبد المنعم الصده - المرجع السابق ص ١٤٤ ، د. جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٢) وبطبيعة الحال لو أن القانون الجديد قد صدر وعدل من القدر الذى تنفذ فيه الوصية دون توقف على إجازة الورثة كأن جعله ربع التركة بعد ان كان ثلثها،فإنه يسرى على الوصية التى أبرمت قبل نفاذه مادام أن الموصى له لم يمت إلا بعد هذا النفاذ وذلك بأثر مباشر لأن مركز الموصى له لا يتحدد إلا بموت الموصى ، أما إذا توفى الموصى وانتقل المال الموصى به إلى الموصى له ثم صدر قانون يقضى بأن الوصية لا تجوز إلا بالربع ، فهذا القانون لا يطبق على هذه الوصية لأنه لو طبق لكان ذلك مساسا بحق مكتسب للموصى له ، إذ أن ملكية المال الموصى به قد انتقلت إليه فور وفاة الموصى وقبل صدور القانون الجديد .

(٣) Roubier, op . cit , t.1, No. 45 . pp 390, 391.

بالتقادم التى تكون قد نشأت فى ظل قانون سابق(١) وبالتالى يكون إنقطاع التقادم الذى يحدث قبل صدور القانون الجديد وصيرورته نافذا خاضعا من حيث شروطه وآثاره للقانون القديم دون إخلال بمبدأ عدم الرجعية (٢) ومن هنا فالقانون الجديد " لا يملك إزاء انعدام أثره الرجعى إلا التسليم بالعناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء إذا توافرت واجتمعت فعلا فى ظل القانون القديم .(٣)

٨أ- ثانيا :- القوانين المتعلقة بالآثار المترتبة على المراكز القانونية :-

بالنسبة للآثار المترتبة على المراكز القانونية فإنها تخضع جميعها للقانون القديم مادامت قد تمت كلها فى ظله ،أى أن القانون الجديد لا يسرى على ما ترتب من هذه الآثار قبل نفاذه ، فإذا صدر قانون – مثلا – يستلزم التسليم لنقل ملكية المنقول ، فإنه لا يسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بمقتضى هذه العقود دون حاجة إلى حصول التسليم طبقا للقانون

---

(١) انظر د/ محمود جمال الدين زكى – المصدر السابق ص ٢٣٨ ،د/ حسن كيرة – المرجع السابق ص ٣٦٠ ،د/ توفيق فرج – المصدر السابق ص ٣٣٤ ،د/ نعمان جمعة – المصدر السابق ص ٢٤٤ ،د/ عبد الودود يحي – المرجع السابق ص ١٣٨ .

(٢) بدء التقادم ووقفه وانقطاعه يتحقق كل منهما متى توافرت شروط معينة يحددها القانون السارى إذ ذاك ، فالمدة التى بدأت تستمر سارية ، والمدة التى وقفت يطلع استئنافها مابقى سبب الوقف قائما مالم يقضى القانون الجديد بغير ذلك والمدة السابقة على سبب الانقطاع لا تحتسب " (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ ص ٢١٩) رانظر استئناف أهلى مصرى فى ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ ص١٩٠ .

(٣) د. حسن كيرة – المرجع السابق الموضع السابق .

الذى كان نافذا وقت انعقادها (١) وكذلك الشأن فى الملكية العقارية التى تمت قبل صدور قانون التسجيل ١٩٢٣ وإذا كانت الاثار التى تترتب على المراكز القانونية تستمر مدة طويلة فإن القانون الجديد لا يسرى على ما تم من هذه الاثار وقت نفاذه ، وإنما يسرى على مالم يتم منها تطبيقا لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ولا يعتبر ذلك رجعية منه ، فالطلاق مثلا تترتب عليه بعض الآثار التى تستمر وقتا طويلا كالنفقة وحضانة الأولاد ، فإذا صدر قانون جديد يعدل من هذه الآثار ، فلا تأثير له على ما استحق فعلا من نفقة ولا على ماتم من حضانة الأولاد - بالفعل - فى ظل القانون القديم ، ولكن القانون الجديد يسرى على النفقة والحضانة إبتداء من وقت نفاذه حتى ولو كان الطلاق قد وقع فى ظل القانون القديم طالما كانت آثاره فى النفقة وفى الحضانة مستمره بعد نفاذ القانون الجديد، وليس فى هذا السريان أى أثر رجعى لأن القانون الجديد لا يعيد النظر فيما تم فى الماضى من طلاق وانحلال للرابطة الزوجية ولافيما ترتب على ذلك من آثار فى ظل القانون القديم من نفقة وحضانة ، وإنما يكون لهذا السريان أثر مباشر لانسحابه على ما يترتب من آثار فقط بعد نفاذه .(٢)

وخلاصة القول : أن مبدأ انعدام الأثر الرجعى للقانون معناه : أن القانون الجديد - وفقا لمفهوم النظرية الحديثة - لا يقرر المساس بما تم قبل نفاذه من وقائع أو مراكز قانونية ،أو ماتوافر من عناصر تكوين هذه المراكز أو انقضاؤها أو ماترتب عليها من آثار إذا تمت قبل نفاذ القانون الجديد .

١- د. محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص ٢٣٩ ،د. توفيق فرج المرجع السابق ص ٣٣٤ ،د.عبد الرزاق السنهورى وأبو سنيب - السابق ص ١٩٥.

٢- انظر فى ذلك : د. حسن كيرة - المصدر السابق ص ٣٦٠، ٣٦١ ،د. نعمان جمعة - المصدر السابق ص ٢٤٤ ،د. عباس الصراف ،د. جورج حزبون المصدر السابق ص ١٠٧ ،د/ أحمد سلامة السابق ص ٢٢٣ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة - المصدر السابق ص ١٤٤،١٤٥ ،د/ عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت - المصدر السابق - الموضع السابق .

المطلب الثانى

الاستثناءات الواردة على إنعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد

١٩- بيان وتوضيح :

أورد أنصار النظرية الحديثة على مبدأ أنعدام الأثر الرجعى للقانون عدة استثناءات وهم يتفقون مع أنصار النظرية التقليدية فى هذا الشأن ، إلا أن نطاق الاستثناءات يختلف فى كل منهما (١)، فالنظرية التقليدية أوردت على مبدأ عدم الرجعية أربعة استثناءات هى :

أ- النص الصريح على الرجعية .
ب- القوانين التفسيرية .
جـ- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم .
د- القوانين المتعلقة بالنظام العام والأداب .

وتتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية فى الاستثنائين الأولين من حيث المضمون والأثر ، ولكنها تختلف معها فى الاستثنائين الأخيرين فى بعض القواعد مما حدا بنا إلى أن نشير إلى الاستثنائين الأولين فى إيجاز ونتعرض لقواعد الأستثنائين الأخيرين بالتفصيل فى البنود التالية .

٢٠- الاستثناء الأول : النص الصريح على رجعية القانون الجديد :

سبق أن ذكرنا(٢) أن مبدأ عدم رجعية القوانين لا يقيد

١- د. عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق ص ٣٣٥ ، د. حسن كيره - المرجع السابق ص ٣٦١ ، د.عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٤٥ ، د. جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٤.

(٢) انظر بند ٥ من هذا البحث .

إلا القاضى والسلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح (١) ولكنه لا يقيد الشارع إلا فى مجال القانون الجنائى فقط ، ومن ثم يستطيع المشرع أن يقرر الرجعية للقانون فى غير المواد الجنائية - بصفة استثنائية على أن تكون إرادة المشرع واضحة فى خروجه على المبدأ .

وإذا كان الدستور قد أعطى للمشرع الوضعى هذا الحق (٢) إلا أنه ينبغى عليه ألا يستعمله إلا إذا كانت المصالح العليا للجماعة تقتضى ذلك لأن هذه المصالح هى فقط - التى تبرر التضحية بمصالح الأفراد وتعلو على ضرورة استقرار المعاملات . وهذا الاستثناء بضوابطه (٣) أمر متفق عليه بين أنصار النظرية التقليدية وأنصار النظرية الحديثة .

٢١- الاستثناء الثانى : القوانين التفسيرية :

تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية فى هذا الصدد وهو أن القوانين التفسيرية تطبق بأثر رجعى اعتبارا من تاريخ القانون الأصلى الذى يرد عليه التفسير . فتطبيق القانون التفسيرى يرجع إلى تاريخ نفاذ القانون الأصلى ، فيطبق بأثر رجعى على وقائع حدثت قبل صدوره ، فتطبقه المحاكم على الدعاوى المنظورة أمامها طالما لم يتم الفصل فيها بحكم نهائى(٤) ، فالمشرع هنا يكون مجرد مفسر

---

(١) انظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٣١٠ الذى يرى أن النص الصريح على الرجعية يعتبر من النظام العام بالنسبة للقاضى ومن ثم يتعين عليه تطبيقه ولو لم يتمسك به الخصوم وفى أية حالة كانت عليها الدعوى .

(٢) المادة ١٨٧ من دستور ١٩٧١ .

(٣) انظر : O. Dupeyraux : la régle de la non rétroactivité des actes administratifs , thése , Toulouse, 1954 - Dek aert : op . cit., No 262,p.226.

(٤) انظر د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص١٤٠،١٤١ ، د. توفيق فرج السابق ص ٣٣٧ ، حسن كيرة - المصدر السابق ص ٣٦١ .

للقوانين شأنه شأن القاضى تماما فى هذا الشأن ،وعلى ذلك لا يعتبر التشريع المفسر تشريعا جديدا من الناحية الموضوعية لأن التشريع القديم هو الذى يطبق ، ومن ثم لا تعتبر هذه الحالة استثناء حقيقيا من قاعدة إنعدام الأثر الرجعى للتشريع (١) لأن التشريع التفسيرى لم يأت بأية قواعد جديدة واقتصر على مجرد تفسير قواعد التشريع الأصلى بحيث يعد جزءا من هذا التشريع ، وبالتالى لا يمكن الفصل بين التشريعين ، ويتعين تحديد نطاق زمنى واحد لتطبيقهما يبدأ منذ تاريخ نفاذ التشريع الأصلى .

ويرى بعض الفقه (٢) . أن القوانين التفسيرية تسرى بأثر رجعى على سبيل الاستثناء ، وذلك لأنها تضيف جديدا إلى التشريع المراد تفسيره ، وذلك هو التوضيح والتحديد اللذان تخلفا عن عمل القانون الذى جرى تفسيره ، فالتشريع المفسر يحدد نطاق التشريع السابق ويوضحه بحيث يكشف عن القصد الحقيقى مما ييسر تطبيقه ، وبهذا يكون له أثر رجعى على سبيل الاستثناء .

بيد أننا نميل الى ترجيح الرأى الأول من خلال دليل قاطع هو،أن القاضى لا يمكنه تطبيق القانون المفسر فى دعوى انتهت وحكم فيها وفقا لأحكام القانون القديم قبل صدور قانونه المفسر واكتسب الحكم فى تلك الدعوى قوة الأمر المقضى ، ومن ثم فيقتصر تطبيق القانون المفسر على المنازعات التى مازالت منظورة أمام المحاكم ومن هنا كان تطبيق القانون على المراكز القانونية الجارية التى

---

(١) د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٣١٢، د. نعمان جمعة - المصدر السابق ص ٢٤٥ ، د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د. عبد الودود يحي المصدر السابق ص ١٤٨ - د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٢٣ .

(٢) د. توفيق فرج - المرجع السابق ص٣٣٧ ، د. عباس الصراف ، د. جورج حزبون المصدر السابق ص١١٠، منصور مصطفى منصور -المرجع السابق بند ١٣٧ .

مازالت آثارها قائمة لا يعتبر تطبيقا بأثر رجعى بل هو تطبيق فورى ومباشر للقانون المفسر .

ويثور التساؤل بعد ذلك - عن التشريع الذى يصفه المشرع بأنه تشريع تفسيرى ، بينما هو فى حقيقية الأمر قد قصد منه - رجعية القانون الجديد تحت ستار التفسير وهو ما يسمى ب " الرجعية المستترة Retroactivite deguisee أجاب بعض الفقه والفرنسى (١) عن ذلك بأن القاضى يجب عليه أن ينزل عند إرادة المشرع ، ويعتبر مثل هذا التشريع تفسيريا حتى ولو لم يكن هنالك غموض أو ابهام أو تناقض فى التشريع السابق ، لأن المشرع يكون قد أبان عن رغبته واتجاه إرادته فى تطبيق القانون الجديد رجعيا وإن لم يصرح بذلك بصورة مباشرة .

بينما ذهب القضاء الفرنسى(٢) إلى عكس ذلك ، فلم يتقيد بما يطلقه المشرع من تسمية التشريع الجديد ، ودرجت محاكم فرنسا على البحث عما إذا كان التشريع القديم يتطلب تفسيرا حقيقيا بسبب غموض أوإيهام منه أو لا ؟ وذلك للتحقيق من أن التشريع الجديد اقتصر بالفعل على مجرد التفسير بحيث لا تقر المحاكم رجعية القانون التفسيرى إلا بالنسبة للتشريعات التفسيرية الحقيقية.، والقضاء المصرى يسلك مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن ، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى : أن النص القانونى الجديد متى كان غير مفسر للنص القديم بأن كان حقيقته تعديلا له بحكم يخالفه ولم ينص فى التشريع الجديد على سريانه استثناء بأثر رجعى فإنه لا ينعطف أثره على الماضى ولا ينطبق على الوقائع

---

(١) انظر : Marty et Raynaud: droit - civil , t.1. intradictiorn 1972,p. 192 . et carbaonnier droit - civil, t.1, introduction , 1982, p. 136 .

(٢) انظر فى عرض موقف القضاء فى هذا الشأن .

Mazeaud et chabas : lecon de driot civil,t.1, introdiction a,l' étude du droit,1983. Marty et raynaud : op . cit ., t.1 p. 192

السابقة (١) ونحن بدورنا نميل إلى ذلك التشدد من جانب القضاء الفرنسي والمصري لأن تقرير الرجعية استثناء وارد على مبدأ أساسي عام " ولهذا ينبغي ممارسته في حدود ضيقة بحيث يهدف إلى تحقيق الصالح، العام وعلى المشرع أن يفصح بوضوح عن إرادة الخروج على المبدأ(٢) ويتقيد في ذلك بالقواعد التي وضعها الدستور لحالة النص الصريح على الرجعية .

٢٢-الاستثناء الثالث : القوانين الجنائية الأصلح للمتهم

يرى أنصار النظرية الحديثة أن القوانين الجنائية الأصلح للمتهم تطبق عليه مالم يصدر بالعقوبة حكم قضائي نهائي (٣) ، ويكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا كان يجعل الفعل الذى كان يعاقب عليه القانون السابق غير معاقب عليه (٤) أو كان يقرر عقوبة أخف من العقوبة المقررة في القانون السابق (٥) ولا يعد هذا استثناء من مبدأ عدم الرجعية عند انصار النظرية الحديثة - عكس أنصار

---

(١) نقض مدني في ١٩٦٦/١/١٨ مجموعة أحكام النقض س١٧ ص ٢٧ رقم ١ .

(٢) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٣١٤ ، وانظر د. عبد الودود يحي - المصدر السابق ص ١٤٨ ، د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢٢٣ ، د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٦١ .

(٣) يقصد المشرع المصري بالحكم النهائي في المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري الحكم البات الذى استنفذ في شأنه طرق الطعن بالنقض فصار لا يمكن إلغاؤه ، فلا يسوغ هنا اللجوء إلى التفسير اللغوى ، إذ ليس من العدل ولامن المصلحة أن يحرم المحكوم عليه من الاستفادة بقانون صدر قبل انقضاء الدعوى بحكم بات وأن المشرع لم يحسن التعبير عند نقل نص القانون الإيطالي في هذا الشأن .

(٤) انظر : نقض جنائي في ٣١/١٢/٧ مجموعة أحكام النقض الجنائي ج٢ رقم ٣٠٠ ص ٣٦٥ .

(٥) نقض جنائي في ١٩٨٦/١١/١٨ مجموعة أحكام النقض الجنائي ع٣ نقض رقم ١٢١٨ لسنة ٣٨ ق ص ٣٦٥ .

النظرية التقليديه الذين يرون أنه استثناء من مبدأ عدم الرجعية - إذ أن تطبيق القانون الجديد يتم بمقتضى الأثر المباشر لأن المركز القانونى الناشئ عن الفعل الذى أرتكبه المتهم لا يتم ، بمجرد ارتكاب الفعل وإنما بصدور حكم قضائى بات فإذا صدر قانون جديد يمحو الجريمة أو يخفف من عقوبتها وقبل صدور الحكم : فإنه هو الذى يطبق على المتهم بماله من أثر مباشر إذ المركز القانونى للمتهم لم يكتمل إلا فى ظل القانون الجديد وبالتالى يخضع له (١) .

٢٣- الاستثناء الرابع : القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب :

يرى أنصار النظرية التقليدية أن القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب (٢) تطبق بأثر رجعى وفقا لمفهوم النظرية التقليدية ولكن أنصار النظرية الحديثة لايرون فى تطبيق هذه القوانين أى استثناء على مبدأ عدم الرجعية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند نقد النظرية التقليدية (٣) ورأينا آنذاك أن أنصار النظرية التقليدية يخلطون وهم بصدد هذا الاستثناء بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون ، فما تراه النظرية التقليدية تطبيقا للقانون بأثر رجعى ليس

---

(١) انظر فى ذلك د. أحمد سلامة- المرجع السابق ص ٢٢٤ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٣٩، د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٤٨ ، د. سمير تناغور المرجع السابق ص ٦٨٥ ، ٦٨٧ ، د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٦٢ .

(٢) انظر فى مضمون فكرة النظام العام والآداب العامة تفصيلا بند ١٤ من هذا البحث ومؤلفنا - المدخل للعلوم القانونية ج١ (نظرية القانون) ط٩٢ ص ١٣٦،١٣٩ .

(٣) راجع بند ١٥ من هذا البحث .

إلا تطبيقا بأثر مباشر للقانون الجديد (١) ولا يتضمن أى استثناء من مبدأ رجعية القانون .

هذه هى أحكام مبدأ عدم رجعية القوانين والاستثناءات الواردة عليه فى النظرية الحديثة . وقد رأينا مدى اختلاف أحكام هذه النظرية عن أحكام النظرية التقليدية بخصوص هذه الاستثناءات ونتعرض بعد ذلك لمعالجة الوجه الأخر للنظرية الحديثه وهو " الأثر المباشر للقانون الجديد " فى المطلب التالى .

---

(١) انظر د. توفيق فرج - المصدر السابق ص ٣٣٧، د. جمال الدين محمود زكى - المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د.عبد الودود يحي - المصدر السابق ص ١٤٨، د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٢٤، د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٥.

المطلب الثالث

الأثر المباشر أو الفورى للقانون الجديد

effet immediat de la loi nouvelle

٢٤- مضمون مبدأ الأثر المباشر للقانون :

يرى أنصار النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القانون وحده لا يكفى لحل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ذلك أن هذا المبدأ يعنى أن القانون الجديد لا يسرى على ماتم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ولا على ما تم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ولا على ما ترتب من آثار المراكز القانونية وفقا للتفصيل السابق بيانه ، ولذلك فإن مبدأ عدم رجعية القوانين وحده لايبين أى القانونين- القديم أو الجديد - هو الذى يطبق على ما يقع بعد العمل بالقانون ، ويكون مترتبا على ما تم فى ظل القانون القديم سواء أكان ذلك من حيث استكمال تكوين أوّ انقضاء المراكز القانونية ،أو من حيث إستمرار ترتب الآثار على هذه المراكز (١)، ولذلك ينبغى - إلى جانب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد - تقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومقتضى هذا المبدأ . أن القانون الجديد يطبق باثر فورى على ما يقع بعد نفاذه حتى ولو كان مترتبا على وقائع أو مراكز قانونية نشأت فى ظل القانون القديم (٢) .

---

(١) راجع فى ذلك د. توفيق فرج - المصدر السابق ص ٣٤٠ ، د. عبد المنعم فرج الصدة- المرجع السابق ص١٤٨، د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٤٩ ، د.حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٦٢ ، نعمان جمعة - السابق ص ٣٤٥ وانظر Marty et Raynau . op. cit, t.1, no . 108. p. 181 ets

(٢) انظر : Roubier ,op. cit,t. I No 65. pp547- 557

وانظر د. أحمد سلامة المرجع السابق ص ٢٢٤ ، د. عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق ص ١٩٧- ١٩٨ ،د. جميل الشرقاوى - المرجع السابق من ص ١٨٤،د. عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق ص ٢٠٥- ٢٠٦ .

وتقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو يؤدى إلى تحقيق مايقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القواعد القانونية التى تطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة، ويتفادى بذلك مايؤدى إليه المبدأ العكسى وهو مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم " من ازدواج أو تعدد الأنظمة القانونية بالنسبة لمراكز متماثلة ، فلو فرضنا أن قانونا جديدا صدر ، وجعل الطلاق بيد القاضى ، وقررنا أنه لا يسرى إلا على الزيجات التى تقع بعد نفاذه، لوجدنا أزواجا يمكنهم الطلاق بإرادتهم المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء ، ولأزواجا لا يمكنهم الطلاق إلا باللجوء للقضاء ومن هنا تتعدد الأنظمة القانونية لمراكز قانونية ذات طبيعة واحدة ، ولذلك " فإن التشريع الجديد يفترض فيه حتما أنه خير من التشريع القديم وأولى منه بالتطبيق ، ومن ثم فإن مصلحة الجماعة تكون . فى تطبيقه ليس فقط على مايستحدث من وقائع ، بل وأيضا بالنسبة لما يتم فى ظله من مراكز أو يترتب من آثاره (١).

هذا هو مضمون مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد كقاعدة عامة إلا أن تطبيق هذا المبدأ بصورة مطلقة قد يتعارض فى بعض الأحيان مع ما تقتضيه قواعد العدالة واستقرار المعاملات مما أدى إلى ورود استثناء خاص على المبدأ يتعلق ببعض المراكز الجارية إعمالا لفكرة " الأثر المستمر ". ولهذا نتكلم عن القاعدة ثم عن الاستثناء ومداه ومبرراته فى البنود الآتية :

٢٥- القاعدة العامة فيما يتعلق بالأثر المباشر للتشريع الجديد :

القاعدة عند النظرية الحديثة : أن القانون الجديد يعمل به فى

---

(١) د. حسن كيرة - السابق ص ٣٦٣، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٤٠ ، د. سمير تناغو المرجع السابق ص ٦٨٩، د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤١ ، د. أحمد سلامة المرجع السابق ص ٢٢٥،٢٢٤ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٤٠ .

الحال من وقت صدوره ، ليس فقط على ما يستجد من أوضاع أو مراكز قانونية فى ظله ، بل ويطبق على كل الوقائع والتصرفات التي بدأت في ظل القانون القديم ولم تستكمل وجودها إلا في ظل القانون الجديد ، كما أن القانون الجديد يسرى بمقتضى أثره المباشر على الآثار المستقبلة، أى التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت فى الماضى (١)، أما الآثار التى ترتبت فى ظل القانون القديم فالقانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية ، ومن ثم فالقاعدة أن القانون الجديد الذى يلغى قانونا سابقا أو يعدل فيه يكون ذا أثر مباشر (٢) ومقتضى هذا الأثر المباشر : انقطاع العمل بالقانون السابق من وقت الغائه (٣) .

وعلى ذلك : فإن القانون الجديد هو الذى يطبق - فى مجال الوصية -فيما يختص بتحديد القدر الذى تجوز الوصية به ، فإذا كان القانون القديم يجيز أن تكون الوصية فى حدود نصف التركة ثم صدر قانون جديد قبل وفاة الموصى يقضى بألا تزيد الوصية عن ثلث التركة فإن القانون الجديد هو الذى يطبق لأن عناصر الوصية لا تكتمل إلا بالوفاة وهى سابقة على صدور القانون الجديد .

وإذا كان ثمة شخص ترك حقه دون مطالبه لمدة أربع عشرة سنة

---

(١) انظر د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٦٢، د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٦٨، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٤١ ، د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص١٥٠ ، د. عبد الحى حجازى نظرية القانون ط ١٩٧٢ ص ٦٣٦ ، د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٢٤، د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٥، د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٤٩ .

(٢) انظر : تطبيقا لهذه القاعدة فى نقض مدنى ٧ يوليه ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض ١٥-٤٧٤-٧٦ ، وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٧/٣/٢٠ - مجموعة المحكمة المذكورة ٢-٨١٠-٨٢ المحاماة ٣٩ -٥٩٠-٢٢٨ وانظر نقض مدنى فى ١٩٧٠/٦/١٠ مجموعة المكتب الفنى ٢١ رقم ١٦٤ ص ١٠٢٧

(٣) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - الموضع السابق، د. محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٢٤١ .

فى ظل قانون يحدد مدة التقادم المسقط بخمس عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة إلى عشرين سنة وجب تطبيق القانون الجديد بماله من أثر مباشر ، ومن ثم وجب أن تمضى ست سنوات بعد نفاذ القانون الجديد حتى ينقضى الحق ،لأن سقوط الحق لا يتم إلا بانقضاء مدة التقادم كاملة وهى لم تكن تمت وقت صدور القانون الجديد(١) .

والقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشرط نفقة المطلقة أو الحضانة هو الذى يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل نفقة أو حضانة مستقبلة مترتبة على طلاق صدر فى ظل القانون القديم ،إلا أنه لا تأثير للقانون الجديد على ما استحق من نفقة أو تم من حضانة قبل نفاذه . (٢)

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها يسرى بما له من أثر مباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ،أما الآثار التى ترتبت فى الماضى فلا سلطان له عليها لإنعدام أثره الرجعى(٣) بماله وهكذا الشأن فى القوانين التى تلغى الرق ،أو ترفع سن الرشد أو تبطل نظام الطلاق ، فإنها (أى القوانين الجديدة) هى التى تطبق

---

(١) يراعى أنه إذا قصرت مدة التقادم فى القانون الجديد ، فالأصل أن يتم التقادم بإنتهاء المدة الواردة فى القانون الجديد محسوبة اعتبارا من يوم نفاذ القانون الجديد، إلا إذا كانت المدة المقررة فى القانون القديم تكتمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم بإكتمال مدته ، وقد نصت المادة ١٨١من القانون المدنى الأردنى الجديد على هذا الحكم بوضوح حيث قالت " إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم : سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك ، أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بإنقضاء هذا الباقى "

(٢) د. حسن كيرة – المرجع السابق ص ٣٦٤، د. توفيق فرج – السابق ص ٣٤٢، د. نعمان جمعة – السابق ص ٢٤٦ .

(٣) د. عبد الودود يحي – السابق ص١٥٠، د. نعمان جمعة – السابق ص ٢٤٥، د. أحمد سلامة – السابق ص ٢٢٤ .

على جميع الحالات القائمة وقت صدورها ، ويمتنع تطبيق القوانين القديمة على تلك الحالات ، وذلك لما للتشريعات الجديدة من أثر مباشر (١) وفقا لمضمون هذا الأثر على النحو السابق بيانه فى البند السابق .

<u>وخلاصة القول</u> : أن مبدأ الأثر المباشر للقانون يعنى أن القانون الجديد يسرى على المراكز القانونية التى يبدأ تكوينها بعد نفاذه، وعلى ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ، كما يسرى على الآثار المستقبليه التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت فى الماضى ومن ثم فإن العمل بالقانون القديم يقف من وقت إلغائه إلا فى الحالات الاستثنائية حيث ينبغى تطبيق القانون القديم بأثر مستمر وهو الاستثناء الوارد على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد الذى سنتحدث عنه فى البند التالى .

٢٦- الاستثناء من مبدأ الأثر المباشر (· الأثر المستمر للقانون القديم) :

يقصد بهذا الاستثناء :أن القانون القديم يظل مطبقا بعد صدور القانون الجديد وهو ما يسمي " الأثر المستقبلى (أو المستمر) للقانون القديم " . (la survivance de la loi ancienne)

وقد يبدو غريبا أن يقال بوجوب تطبيق القانون القديم بعد أن تم الغاؤه بالقانون الجديد على آثار وقائع أو مراكز قانونية وقعت تحت سلطانه فى ذلك الوقت الذى كان مايزال قانونا مطبقا ،إلا أن أنصار النظرية الحديثة (٢) قالوا بأن تطبيق الأثر المباشر للقانون وسريانه فورا بشكل مطلق قد لا يتفق ومقتضيات العدالة واستقرار

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق ص ٢٦٨،٢٦٩، د. عبد المنعم الصدة ص١٥١ .

(٢) انظر فى ذلك weill,Alex et francois terré droit civil :

(٣) éme ed paris: Dalloz 1943. No . 138

وانظر د. عبد الحي حجازى – المرجع السابق ص ٦٣٦ ، سليمان مرقس – السابق ص ٢٦٩.

المعاملات فى بعض الحالات ، كما أن الحكمة من إعمال قاعدة الأثر المباشر قد لا تتوافر فى حالات معينه ، ومن ثم وجب الاعتراف للقانون القديم بأثر مستقبلى على سبيل الاستثناء.(١)

٢٧- أساس الاستثناء الوارد على مبدأ الأثر المباشر :

يرى أنصار هذه النظرية أن الأثر المستمر للقانون القديم لا يعرض إلا لمركز تكون فعلا قبل نفاذ القانون الجديد ، ولكن آثاره تظل تترتب فى ظل القانون، أى أنه لا يعرض إلا بالنسبة لآثار مركز معين ، أما بالنسبة لتكوين أو انتهاء المركز فليس هناك استثناء (٢).

وفى سبيل تحديد هذه الآثار التى يرد عليها الاستثناء يجب التفرقه بين المركز التنظيمى ، (situation légale) والمركز التعاقدى (situation contracutelle) .

١- **ويقصد بالمركز التنظيمى** : المركز الذى ينظم القانون كل دقائقه ولا يكون لإرادة الأفراد دورا فى تنظيمه ، ويقتصر دور الإرادة – فقط فى أن تقرر الخضوع أو عدم الخضوع لهذا المركز ، ومتى قررت الإرادة الخضوع لهذا المركز وقف دورها عند هذا الحد ، وتترتب الآثار وفقا لما نص عليه القانون لاوفقا لما يريده الأفراد ، من ذلك مثلا : الزواج فهو نظام قانونى يتولى القانون تنظيمة ، ويحدد شروط انعقاده وصحته وحقوق كل من الزوجين على الآخر ، وواجباته نحو الآخر ، ويبين الآثار التى تترتب عليه وطرق انهائه ، وليس لإرادة الأفراد إلا تقرير قبول الدخول فى علاقة الزوجية وفقا

---

(١) انظر د. عباس الصراف ، د. جورج حزبون – المرجع السابق ص ١١٤، د. عبد المنعم الصدة – المرجع السابق ص ١٥١ ، د. حسن كيرة – المرجع السابق ص ٣٦٥، د. عبد الودود يحي – المرجع السابق ص ١٥١.

(٢) د. أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٤٥ ، د. توفيق فرج – السابق ص ٣٤٥ .

لهذا التنظيم أو عدم القبول(١) فإذا اشترطوا فى عقد الزواج شروطا تخالف ما نص عليه القانون طبق القانون وحده (٢) ، وإذا صدر قانون جديد يعدل القواعد المنظمة للزواج ، فإن القانون هو الذى يطبق من وقت نفاذه بماله من أثر مباشر على كل زواج قائم حتى لو كان قد تم فى ظل القانونالقديم ،لأن الأمر يتعلق بنظام قانونى موحد لجميع الأفراد بقوة القانون وليس لإرادة الأفراد دخل فى هذا الصدد .

وكذلك الشأن بالنسبة : لعلاقة الموظف بالدولة : فالقانون هو الذى ينظم هذه العلاقة من حيث شروط التعيين والترقية والإحالة إلى المعاش ...إلخ ، ويقتصر دور الشخص فى قبول الوظيفة بهذه الشروط أو عدم قبولها ، فإذا قبلها تولى القانون تنظيم علاقته بالدولة دون دخل لإرادته ، ومن ثم كان كل قانون يصدر معدلا فى مرتبات الموظفين أو فى قواعد ترقيتهم يطبق على جميع الموظفين حتى من كان منهم عين فى ظل قانون سابق .

ومن ذلك أيضا : القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، والقوانين المتعلقة بنظام الملكية وغيرها من الحقوق العينية (٣)

---

(١) انظر د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٥٢، د. نعمان جمعة - المصدر السابق ص ٢٤٧ ، د. سمير تناغو - المرجع السابق ص ٦٩٧ ، د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص٢٠٥- ٢٠٧ .

وانظر نقض مدنى مصرى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة - قاعدة رقم ١٥١ .

(٢) راجع : د. أحمد سلامة - المرجع السابق - الموضع السابق ، د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق ص ٣٤٥، د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٦٧، د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٢ .

(٣) راجع فى هذا الشأن : د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٤٦، د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٥٢، د. جميل الشرقاوى - دروس فى أصول القانون ط ١٩٧١ ص ١٨٤ .

فالقوانين المتعلقة بهذه الموضوعات تطبق بأثر مباشر من يوم نفاذها.

٢- ويقصد بالمركز التعاقدى : المركز الذى يترك القانون لإرادة الأفراد دورا كبيرا فى خلقه وفى تنظيم آثاره (١) ومن ذلك عقد البيع الذى يحدد الطرفان شروطه وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ، وكذلك العلاقة بين المقرض والمقترض ، وبين المؤجر والمستأجر، ... الخ هذه العلاقات التى تتنوع وفقا لإرادة الأفراد ومشيئتهم (٢) ولاضير من أن تختلف القواعد التى تحكم علاقة معينة عن تلك التى تحكم علاقة أخرى مماثلة لها .

ويرى أنصار النظرية الحديثة أن القانون الجديد يسرى فورا على الآثار التى تترتب على المركز التنظيمى أما الآثار التى تترتب على المركز التعاقدى فتظل خاضعة - كقاعدة عامة - للقانون القديم (٣) وفى هذه الحدود يبرر الاستثناء ويظهر الأثر المستقبلى للقانون القديم ، وإن كان يؤخذ على هذا الرأى عدم انضباط المعيار الذى يستند إليه إذ أن المشرع كثيرا ما يتدخل ليحدد الكثير من المراكز .

٢٨- علة التفرقة بين آثار المركز التنظيمى والمركز التعاقدى :

سبب التفرقة بين آثار المركز التنظيمى وآثار المركز التعاقدى : أن وحدة التنظيم القانونى هى الفكرة التى تهيمن على الأوضاع

---

(١) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٤٥، وانظر د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٦٧،د نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٦، ٢٤٧ ،د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٧٠،د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٤٧ .

(٢) انظر : Roubier: op . cit., t.1, No .72, pp. 620 - 623.t. 11, No 48, p. 78 ets, No . 87, pp. 120 - 121 .

(٣) نقض فرنسى فى ١٩٢٠/١١/٣٠ ، سيرى ١٩٢١ -١-١٦٧ .

الناشئة عن القانون ، وتوجب الأخذ فيها بالأثر المباشر (١) ، إذ لولا تطبيقه عليها لتعددت النظم القانونية التى تحكم أوضاعا قانونية متماثلة ، كما يؤدى إلى تعقيد الروابط الإجتماعية واضطرابها ، بل ويؤدى إلى تنوع الآثار حسب الوقت الذى نشأ فيه المركز القانونى ، ومقاومة تنوع الآثار هى الهدف الأساسى من تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد (٢) .

وليس الأمر كذلك بالنسبة للمراكز التعاقدية ،لأن الأصل فيها هو تنوعها تنوعا كبيرا نظرا لما لإرادة الأفراد من سلطان فى تحديدها،(٣) ومن ثم لن يكون هناك جدوى من خضوعها للأثر المباشر للقانون إذ لو خضعت هذه المراكز - فرضا - للأثر الفورى فلن يؤدى ذلك إلى توحيدها ،لأن إرادة الأفراد تختلف من حالة إلى أخرى ، ومن ثم تنتفى الحكمة من تقرير الأثر المباشر بشأنها ،هذا فضلا ، عن أن إعمال الأثر المباشر للقانون الجديد يؤدى ،إلى الإخلال بكل ماأراده العاقدان .(٤)

---

(١) انظر : د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٢ ، د. جميل الشرقاوى - السابق ص ١٨٥ ،د. سمير تناغو - السابق ص ٦٩٧ .

(٢) د. أحمد سلامة - السابق ص ٢٤٦، د. عبد الحى حجازى - المرجع السابق - ص ٦٣٦، د. حسن كيرة - المصدر السابق ص ٣٦٤ ، الصدة - المرجع السابق ص ١٥٢ .

(٣) د. عبد الودود يحي - السابق ص١٥٢، د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - الموضع السابق ، د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٧ ،د. عباس الصراف ،جورج حزبون - المرجع السابق ص ١١٤ ،د. توفيق فرج بتصرف المرجع السابق ص ٣٤٧ .

(٤) د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٤٧،د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص٢٤٠،د. حسن كبرة - المرجع السابق ص ٣٦٥ وانظر

Roubier : De l' effet des lois nouvelles sur les contrats en cours. Rev, crit . 2932,p. 321 ets

٢٩- مدى الاستثناء (نطاقه) :

يتحدد نطاق الاستثناء من مبدأ الأثر المباشر فى ضوء الأساس الذى يقوم عليه ، فإذا كان القانون يتكفل بتنظيم المراكز القانونية مباشرة . تعين تطبيق القانون الجديد بماله من أثر مباشر حتى ولو كانت هذه المراكز القانونية تستند إلى عقد من العقود ،أما إذا كانت إرادة الأفراد لها سلطان فى تنظيم هذه المراكز ، وجب تطبيق القانون القديم عليها نزولا على حكم هذا الاستثناء .

ولتحديد نطاق الاستثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون على النحو السابق : يتفق الفقه (١) على أن القانون القديم يستمر تطبيقه على آثار المركز التعاقدى إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة،إذ أن تنظيم المتعاقدين لآثار هذه العقود يكون تنظيما نهائيا ، ومن ثم تظل آثار العقود التى أبرمت فى ظل قانون قديم خاضعة لأحكام هذا القانون مادامت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة .

أما إذا كانت أحكام القانون الجديد أحكاما آمره فقد اختلف الفقه اختلاف بينا حول القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة ، فذهب البعض (٢) إلى أن القانون الجديد هو الذى يطبق تطبيقا فوريا على جميع آثار المركز التعاقدى ، ويوقف استمرار القانون القديم تأسيسا على أن المركز التعاقدى فى هذه الحالة يكون قريبا من المركز التنظيمى ومن ثم يجب تغليب إرادة المشرع على إرادة

---

(١) أنظر د. سليمان مرقص – المرجع السابق ص٢٧٠ ، د. عبدالمنعم فرج الصدة – المرجع السابق ص١٥٢ ، د. احمد سلامة – المرجع السابق ص٢٤٧ ، د. نعمان جمعة – المرجع السابق ص٢٤٧ ، محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص٢٤٢ ، د. توفيق فرج – المرجع السابق ص٣٤٧ ، د. عبدالودود يحيى – المرجع السابق ص١٥١ ، عبدالفتاح عبدالباقى – المرجع السابق ص١٨٥.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية القانون – الطبعة الأولى سنة ١٩٥٤ ص ٢٥٧ بند ١٨٧،د/ منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص٢٢٩ .

الأفـــــــــراد .

ويؤخذ على هذا الرأى خلطه بين مفهوم كل من المركز التنظيمى والمركز التعاقدى مع أن ضوابط كل منهما محددة، فعلى أى أساس يتم تغليب إرادة المشرع على إرادة الأفراد؟ وهذا ماحدا ببعض الفقه(١) إلى القول بأن آثار المركز التعاقدى تظل خاضعة لأحكام القانون الذى نشأ المركز القانونى فى ظله ، ولا يسرى عليها القانون الجديد حتى ولو كانت كل قواعده آمرة(٢) إلا إذا نص المشرع على عكس ذلك صراحة أوضمنا ، ويعتبر هذا من قبيل الفهم الضمنى لمثل هذا النص ، فإذا صدر قانون جديد ينظم عقد العمل - مثلا - من حيث شروطه أو من حيث الأجر ، أو انتهائه، أو الراحة الأسبوعيه ،فإن تنظيمه الجديد يسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه .(٣)

أما الفريق الثالث من الفقه (٤) فقد ذهب إلى القول بأن القواعد المتعلقة بالنظام العام إذا كان الهدف منها حماية مصلحة عامة فإن القانون الجديد هو الذى يسرى عليها ، أما إذا كان الهدف من هذه القواعد المتعلقة بالنظام العام حماية مصلحة خاصة فلا يسرى القانون الجديد على المركز التعاقدى بالرغم من تعلقه بالنظام العام بل يفسح المجال لاستمرار الأثر المستقبلى للقانون القديم ، إلا أن هذا الرأى منتقد من عدة وجوه :

---

(١) انظر فى ذلك : Marty et Raynaud, op . cit , p. 183, No . 108
وأنظر د. عبد الودود يحي السابق ص ١٥٣، د. توفيق فرج - السابق ص ٣٤٨،د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٦٧

(٢) انظر : Roubier : op .cit., t.1, No . 72. pp. 620 - 623,t. II, No 84,p.78 . et s,No. 87 pp. 120 - 121 .

(٣) انظر عرضا لهذا الرأى : د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهورى وأبو ستيت - السابق ص ١٩٨،١٩٩ وحسن كيرة - السابق ص ٣٦٩ ، د. نعمان جمعة السابق ص ٢٤٧ ، د. أحمد سلامة السابق ص ٢٤٧ .

أ- غموض المعيار الذى يستند اليه .(١)

ب- أنه يجزئ فكرة النظام العام مع أنها كل لايتجزأ عند معظم الفقهاء .

جـ - إنه يؤدى إلى انفصام وحدة المركز التعاقدى ، إذ يخضع بعضها للقانون الجديد والبعض الآخر يخضع للقانون القديم وهو مما يجافى المنطق القانونى السليم .

وبعد عرض هذه الآراء فإننا نميل إلى الرأى الذى أخذ به القانون المدنى الكويتى الجديد - وهو القانون العربى الوحيد الذى عرض لهذه المسألة - الذى أخذ بالأثر المستقبلى للقانون القديم بشكل صريح مالم تكن قواعد القانون الجديد من قواعد النظام العام والآداب فقد جاء فى المادة الثالثة من هذا القانون "يسرى القانون الجديد على كل ما يقع من تاريخ العمل به مالم ينص على خلافه ، ومع ذلك تبقى آثار التصرفات خاضعة للقانون التى أبرمت تحت سلطانه ما لم تكن أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسرى على ما يترتب منها بعد نفاذه " وهذا الرأى هو ما يميل إليه القضاء المصرى بوجه عام (٢) والقضاء الفرنسى(٣) أيضا .

---

(١) انظر د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٢٧، د. عباس الصراف ، جورج حزبون - المصدر السابق ص١١٥، د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٩٣،٢٩٠ ، د. جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٢ ، د. عبد الودود يحي - السابق ص١٥٤ .

(٢) انظر نقض مدنى فى ٢٠ يناير سنه ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض س٩ ص٤٣ رقم ٢ ، ونقض مدنى فى ١٦ فبراير سنه ١٩٥٦ المجموعة السابقة س٧ ص٢٤١ رقم ٣٢ ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج٢ ص ٥٨٤ .

(٣) انظر نقض مدنى فرنسى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ داللوز ١٩٤٧ ٢٩٥ جازيت القضاء ١٩٤٣ ١ ٩٣ .

٣٠- خلاصة النظرية الحديثة :

تخلص أحكام النظرية الحديثة فى أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي ، أى لا يمس ماتم فى الماضى من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية ،أو ماتم فيه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء،أو ماترتب ، من آثار قانونية فى ظل القانون السابق ، ولا يستثنى من ذلك شيئ إلا إذا كان هناك نص تشريعي صريح ينص على الرجعية، أو قانون تفسيرى للقانون القديم ، أو القوانين المتعلقة بالنظام العام ،أو القوانين الأصلح للمتهم ، وفق ضوابط هذه الاستثناءات التى سبق بيانها فى حينه (١).

ومن ناحية أخرى يكون للقانون الجديد أثر مباشر أو فورى منذ العمل به ، فيسرى على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى سابق ، ولا يستثنى من ذلك إلا ما يتعلق بالآثار المستقبلة للعقود التى يترك تنظيمها وتحديد شروطها وآثارها لإرادة المتعاقدين (٢) ، إذ تظل آثارها المستقبلة وطرق انحلالها وانقضائها محكومة بالقانون القديم(٣) التى تكونت فى ظله ، وفى نطاق هذه الروابط التعاقديه يرى أنصار هذه النظرية أن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر إذا كانت هذه الروابط التعاقدية تتعلق بنظام قانونى معين، فإذا كنا بصدد " روابط تعاقدية يترك تنظيمها لإرادة الأفراد ظل القانون القديم يحكم آثارها المستقبلة ، كما يحكم طرق انقضائها، حتى ولو جاء القانون الجديد بقواعد آمرة متعلقة بالنظام العام والآداب ،إذ العبرة فى تحديد الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم ليست بكون القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أولا ، ولكن بكونه متعلقا بنظام قانونى أو بروابط تعاقدية" (٤) وذلك على الرأى الراجح فى الفقه والقضاء المصرى والفرنسى على حد سواء .

---

(١) انظر بند ١١،١٢،١٣،١٤ من هذا البحث .

(٢) د. توفيق فرج – المرجع السابق ص ٣٤٨ .

(٣) د. حسن كيرة – المرجع السابق ص ٣٦١ .

(٤) د. توفيق فرج السابق ص ٣٤٨،وانظر د/ عبد الودود يحي السابق ص١٥٣-

٣١- تقييم النظرية الحديثة :

لاشك أن النظرية الحديثة هى النظرية السائدة فى الفقه الفرنسى المعاصر (١) لأنها من صنيعه ، واستمالت معظم الفقه المصرى(٢) لأنها فى نظر هذا الفريق تتميز بمايلى :

أولا : بوضوح الأساس الذى تقوم عليه ،إذ يرجع إليها الفضل فى التفرقه بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد بصورة واضحة ، وهى تلك التفرقة التى غفلت عن أهميتها النظرية التقليدية " فحدث بذلك من إعمال القوانين الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلة ،أو اضطرت إلى إعمالها فى بعض الحالات بوصفها قوانين رجعية ، مع تبرير هذا الخروج على مبدأ عدم الرجعية تبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها". (٣)

ثانيا : لم تكتف هذه النظرية فى تحديد نطاق القانون بمبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعى ،إذ رأى أنصارها أن هذا المبدأ وحده

- د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٣،د/ حسن كيرة - المرجع السابق - الموضع السابق ،عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص٢٠٧،د. عبدالرازق فرج - المرجع السابق ص ٢٠٠، ٢٠١ .

(١) varielles- sommières, loc. cit, et Roubier, les conflits des lois dans le temps, t.1.paris, 1929 ett 2, paris 1933,et Marty et Raynaud,op .cit., pp. 172 ets no. 105-109 .

(٢) أنظر د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ١٥٣،١٥٥ ،د. عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق ص ٢٩٢،د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق ص ١٥٣، ١٥٤ ،د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٢٣١ .

(٣) د. حسن كيرة المرجع السابق ص ٣٧٠ ، وانظر د. سليمان مرقس . المصدر السابق ص ٣٠٧، ٣٠٨ وانظر : Raubier : op . cit ., t.1, No. 72 , pp. 617 - 618

غير كاف لحل مشكلة " انعدام الأثر الرجعى للقانون" ، ومن ثم رأوا ضرورة إكماله بمبدأ الأثر المباشر للقانون حتى يتسنى معرفة أى القانونين - القديم أو الجديد - هو الذى يطبق بالنسبة للمراكز القانونية الجارية ،أى بالنسبة لما يقع بعد نفاذ القانون ، ويكون مترتبا على ماتم فى ظل القانون القديم ، والتى ماتزال فى دور التكوين أو الانقضاء أولإستمرار مابدأ فى الترتيب من آثار .(١)

ورغم هذه المزايا إلا أنه أخذ عليها :

أولا : أنها عمدت - وهى بصدد وضع الحد الفاصل بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستقبلى للقانون القديم - إلى إقامة تفرقة بين المركز التنظيمى من جهة والمركز التعاقدى من جهة أخرى ، فإذا تعلق الأمر بمركز تنظيمى طبق القانون الجديد بأثر مباشر ، وإذا تعلق الأمر بمركز عقدى ، فالقانون القديم هو الذى يستمر يحكم الآثار المستقبلة لهذا المركز فى ظل القانون الجديد / ولا شك أن هذه تفرقة منتقدة (٢) عند جمهور الفقه المصرى لأنها غير محكمة وغير منضبطة ، وكثيرا ما يصعب معرفة مالإذا كنا بصدد مركز تنظيمى أم بصدد مركز تعاقدى .

ثانيا : ازاء النقد السابق ملجأ بعض أنصار النظرية الحديثة إلى فكرة النظام العام كعامل يحد من غلواء الأثر المستمر للقانون القديم فى شأن الآثار المستقبلة للعقود وطرق انحلالها ، وقالوا أن استمرار سريان القانون القديم فى شأن الآثار المستقبلة للعقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بـ " النظام العام " إلا أن فكرة النظام العام - عند هذا البعض - لها

---

(١) راجع د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٤٩،د. حسن كيرة - السابق ص ٣٧٠ .

(٢) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٧١،د. عبد الودود يحي المرجع السابق ص ١٥٣،د. توفيق فرج - المرجع السابق ص٣٥٠ ،د. أحمد سلامة المرجع السابق ص٢٢٨ .

مدلول خاص (١) هو أنها " القوانين ذات الأهمية القصوى والخطورة البالغة التى يكون فى استمرار بقاء العقود الماضية الجارية محكومة بالقانون القديم بالمخالفه لها ما يتهدد بخطر جسيم جدى نظام الجماعة نفسها" (٢) أما قوانين النظام العام التى ليست لها تلك الأهمية ولا تحمى إلا مجرد مصلحة خاصة فهى لا تطبق بأثر مباشر على الآثار المستقبلة للعقود التى نشأت فى ظل القانون القديم (٣)، فالقانون الذى يفرض السعر الإلزامى للعملة الورقية قانون يحمى مصلحة عامة ،أما القانون الذى خفض سعر الفائدة الاتفاقية فلا يحمى سوى مصلحة خاصة ومن ثم يطبق القانون الأول بأثر مباشر ، عكس القانون الثانى حيث يستمر القانون القديم يحكم الآثار المستقبلة للعقود التى تمت فى ظله ، وبالتالى تبقى الفائدة خاضعة للقانون القديم حتى بالنسبة للفترة اللاحقة على صدور القانون الجديد .

ولكن هذه التفرقة بين قوانين النظام العام على هذا النحو تفرقة منتقدة لأنها مبهمة وغير منضبطة شأنها شأن التفرقة بين المركز التنظيمى والمركز التعاقدى ، ويرجع عدم انضباطها إلى أنها تجعل قوانين النظام العام تتفاوت وتختلف بإختلاف المصالح التى تحميها رغم صعوبة الفصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة فى كثير من الأحيان ، هذا فضلا عن أن هذه التفرقة ليس لها مايبررها نظرا لأن كل قوانين النظام العام تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد من الناحية السياسية والاقتصادية

---

(١) انظر : colin, capitant et la morandiére cours elementaire de droit - civil françcais , t.1,No. 62, pp. 59 et 60 - Marty et Raynoud, op. cit., t.1 no . 108,p. 183 - Ripert et Boulanger traite de droit civil d'apres le traite' de planiol,t.I'1956 . no 314 .

(٢) د. حسن كيرة المرجع السابق ص٣٧٢ .

(٣) ويؤيد هذه التفرقة من الفقه المصرى د/ عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو سنيب المرجع السابق ص ١٩٨ بند ١٥٥ .

والاجتماعية والخلقية والتى تتعلق بالوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم ، وتعلو فيه مصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد. (١)

ثالثا : يؤخذ على هذه النظرية :أنها تعتبر القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء ، مع أن الواقع أنه لارجعية فى الأمر (٢) ،لأنه لايوجد تنازع حقيقيى بين قاعدتين قانونيتين، إذ القاعدة القانونية الجديدة ليست إلا تفسيرا للقاعدة القانونية القديمة ، وليس فى تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر أى أثر رجعى لأن القاعدة التى تطبق واحدة هى القاعدة القانونية القديمة ،إلا أن تفسيرها قد تحدد على وجه معين وضعه القانون التفسيرى .

٣٢- النظرية التقليدية والنظرية الحديثة فى ميزان القضاء :

إذا كان أنصار النظرية الحديثة قد نجحوا فى إبراز عيوب النظرية التقليدية إلا أن الحلول العملية التى تنتهى إليها كل منهما تكاد تكون واحدة ولم يكن الفقه فيما شيد من نظريات إلا مترسما خطى المحاكم ومحاولا تفسير أحكامها (٣)، فهذه النظريات لم تبتكر حلولا لمشكلة التنازع الزمانى بين القوانين بقدر ماجتهدت فى تبرير ماوضعه القضاء من حلول لهذه المشكلة

---

(١) انظر نقض مدنى فى ٢٣أبريل سنة ١٩٨٠ - مجموعة أحكام النقض ٣١-١١٩٢ -٢٣٠ ، نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٧٩ - مجموعة أحكام النقض ٣٠-١-٢٧٦-٦٠

(٢) د. حسن كيرة - المصدر السابق ص ٣٧٣، وانظر فى هذا المعنى د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٣١٢ ،د. عبد المنعم البدراوى السابق ص ١٦٤ وما بعدها ، د. ثروت الأسيوطى - مبادئ القانون ج١ ط ١٩٧٤ ص ٢٦٢ .

(٣) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٢٧٠، ٢٧١ ،د. حسن كيرة المرجع السابق ص ٣٧٣ ، د. جميل الشرقاوى - المرجع السابق ص ١٨٥ .

وكان الدور الأكبر للفقه فى تقعيد وتأصيل القواعد التى تحدد المدى الزمنى لكل من القانون القديم والجديد ، وحقيقة الأمر أن القضاء حين كان ينظر فى تغليب أحد القانونين على الآخر إنما كان يراعى ما يحقق التوازن بين ما تقتضيه مصلحة الجماعة على تطبيق القانون الجديد من ناحية ، وبين مايقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى " وهو يعتد فى ذلك بقصد المشرع الضمنى وبطبيعة القوانين المتنازعة ، وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه " .(١)

وإذا كان القضاء ينأى بنفسه عن الخلافات الفقهية النظرية السابقة إلا أنه (٢) ظل يستعمل معيار النظرية التقليدية فى الحق المكتسب ومجرد الأمل وذلك لتأييد أحكامه وإسنادها ، ولقوة الأسس والأصول التى تستند إليها النظرية وما تستعمله من اصطلاحات لغوية قوية واستفاد القضاء من الانتقادات الموجهه لهذا المعيار حيث سمحت هذه الانتقادات له بتنويع الحلول فى القضايا المختلفة وفقا لما يمليه عليه شعوره بالعدالة .

وإذا كان القضاء الحديث لمحكمة النقض المصرية قد جمع فى أحكامه بين عبارات كل من النظرية التقليدية والحديثة (٣) إلا أن استقراء أحكامه تجعلنا نقرر أنه يميل إلى الأخذ بقواعد النظرية الحديثة ، فقد قررت محكمة النقض فى حكم حديث لها "أن الأصل فى أحكام القانون الجديد عدم سريانها على المراكز القانونية السابقة عليها مالم ينص فيها على خلاف ذلك ، والاستثناء سريان القوانين

---

(١) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٧٤ بند ٢٠٢ .

(٢) انظر استئناف مصر فى ٢٤ فبراير ١٩٣٠ المحاماة السنة العاشرة - ص ٦٩٦ رقم ٣٤٦ ، واستئناف مختلط فى ١١ إبريل سنة ١٩٣٥ ٤٧ ص ٣٤٣ ، وانظر نقض فرنسى فى ١٩٣٢/١/١٣ حكم الدوائر المجتمعة للمحكمة المذكورة داللوز سنة ١٩٣٢ ١ ص ٢٤ .

(٣) د. سليمان مرقس المرجع السابق ص ٢٧١ .

الجديدة المتعلقة بالنظام العام على الآثار التى تترتب من وقت نفاذها ولو كانت ناشئة عن مراكز قانونية سابقة عليها" .(١)

أما القضاء الإدارى : فقد كان صريحا فى اعتناق مبادئ النظرية الحديثة فى عبارات واضحة لا غموض فيها حيث قررت المحكمة الإدارية العليا أنه ".. يسرى القانون الجديد بأثره المباشر على الوقائع والمراكز القانونية التى تقع أو تتم بعد نفاذه ، ولا يسرى بأثر رجعى على الوقائع والمراكز القانونية السابقة عليه إلا بنص خاص يقرر الأثر الرجعى ، ومن ناحية أخرى لا يسرى القانون القديم على الوقائع والمراكز القانونية التى تتم بعد الغائه إلا إذا مد العمل به بالنص ، وهذا كله يصدق على الوقائع والمراكزالقانونية من حيث تكوينها ، أما الآثار المستقبلة المترتبة عليها فتخضع للقانون الجديد بحكم أثره المباشر، وبالنسبة لآثار التصرفات القانونية فتظل خاضعة للقانون القديم حتى ماتولد منها بعد العمل بالقانون الجديد ".(٢)

ورغم الاتجاه الضمنى للقضاء العادى والاتجاه الصريح للقضاء الإدارى نحو الأخذ بمبادئ النظرية الحديثة ، إلا أن المشرع يمكنه أن يغنى الفقه والقضاء عن الإجتهاد فى حل مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان بواسطة حلول تشريعية لهذا التنازع ستكون محل دراسة وافية فى المبحث التالى بإذن الله تعالى .

---

(١) نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٨٠ - طعن رقم ١٣١٣ السنة ٤٧ ق، وانظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٧٠/٥/١٠ - مجموعة أحكام النقض س٢١-رقم ١٦٤ ص ١٠٢٧ حيث طبقت هذا المعيار بشأن مكافأة نهاية الخدمة للعمال الزراعيين' وانظر نقض مدنى فى ١٩٨٠/١٢/١٣ طعن رقم ٥٠ السنة ٥٠ ق ، ونقض مدنى فى ١٩٨٠/٤/١٢ طعن رقم ١٤١١ السنة ٤٩ ق، ونقض مدنى ١٩٧٨/١/١١ مجموعة أحكام النقض س٢٩ ص ١٥٩ رقم ٣٧ .

(٢) الإدارية العليا فى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة المحكمة المذكورة س٢ ص٨١٠ رقم ٨٢ ، وانظر فى نفس المعنى الإدارية العليا فى ١٩٦٦/١١/١٩ مجموعة مبادئ الإدارية العليا فى ١٥ سنه ج٣ ص ٢٠٠٧ رقم ٤ .

٣٣- تحديد نطاق مبدأ عام رجعية القوانين وفقا للأصول العامة :

إذا كانت النظريات الفقهية المختلفة وأحكام القضاء لم تسلم من النقد وهى بصدد معالجة مبدأ رجعية أو عدم رجعية القانون - على النحو السابق بيانه - إلا أننا نستطيع أن نستخلص من تلك النظريات وأحكام القضاء القواعد العامة التى نعتقد أنها كفيلة بحل تلك المشكلة، وهذه القواعد - وفقا للأصول العامة - تستند إلى الأسس الآتيه " :

أولا: النظرية الحديثة كانت صائبة تماما فى تحديد معنى الرجعية ، حين قررت أن القانون الجديد لا يملك المساس بما نشأ أو انقضى من المراكز التى رتبها القانون القديم على الوقائع القانونية التى تمت فى ظله ، كما لا يملك المساس بما توافر من عناصر خاصة بتكوين هذه المراكز أو انقضائها ، ولاما ترتب على هذه العناصر من آثار قانونية معينة ، وعلى ذلك ينبغى رفض معيار " الرجعية " وفقا لضوابط النظرية التقليدية على أساس أن الرجعية فيها تعنى " المساس بحق مكتسب " كما يجب رفض معيار الرجعية الذى يقدمه " د يجى " (١) على أنه المساس بمركز قانونى شخصى لا موضوعى ،أى أن القوانين الجديدة لا تملك المساس بالمراكز القانونية الشخصية (٢) بينما تملك دائما - دون أن تعتبر رجعية - المساس بالمراكز الموضوعية (٣) القائمة (٤) .

---

(١) Duguit traitc' de droit constitutionnel , t.1, éd , 1927 , No 29,pp. 308- 314

(٢) التى تتولد مباشرة عن الإرادة وتتحدد بها مثل المراكز القانونية المتولدة عن العقد .

(٣) المراكز الموضوعية تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به ، وتكتسب نفس صفاته من الخصائص والعموم والدوام والحجة فى مواجهته الكافة ، ومن أمثلتها مركز الناخب ، ومركز الموظف ، ومركز الزوج ، ومركز المالك ..إلخ

(٤) Dugiut op. cit , t 11 No 21 p 238

ثانيا : يسرى القانون الجديد بأثر مباشر على كل الوقائع والتصرفات والمراكز القانونية اللاحقه لنفاذه حتى ولو كانت جذوره ترجع إلى الماضى ، فيخضع لسلطانه المباشر جميع " المراكز القانونية التى يدركها وهى ماتزال فى دور التكوين أو الانقضاء ، وذلك بالنسبة لما يتوافر فى ظله من العناصر التى يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلة التى تترتب ابتداء من نفاذه على مركز قانونى سابق ". (١)

ثالثا : للقانون القديم أثر مستمر (أثر مستقبلى) بالنسبة للآثار المستقبلة للعقود التى أبرمت فى ظله مالم يكن القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآدب ، فيسترد القانون الجديد سلطانه المباشر فى حكمها .

ولتوضيح الأثر المستمر للقانون القديم نقول أن للقانون القديم سريان مستمر فى شأن الآثار المستقبلة للعقود - فقط - المبرمة فى ظله ، ويجب أن يقف هذا السريان إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب ، وينهض بهذا الرأى أن المعيار الذى يأخذ به يتفق مع الحكمة من تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ذلك أن القواعد القانونية الأمره(المتعلقة بالنظام العام والآداب) تتناول مسائل يستقل القانون بتنظيمها ،لأن المشرع الوضعى يقدر أنها يجب أن تكون على نحو معين بالنسبة للجميع ،و لا يترك للأفراد حرية مخالفتها ، ومن ثم فإن تحقيق النظام فى الدولة يقتضى تطبيقها على جميع العقود (٢) وبذلك تتوحد القواعد كلها على

---

(١) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص٣٧٥ ، د. جورج حزبون ، عباس الصراف - المرجع السابق ص٣١١ ، د. سليمان مرقس - السابق ص ٢٦٨ ، د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤١ ، نعمان جمعة - السابق ص ٢٤٥.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى المرجع السابق ص١٥٢ بند ١٢٨ ،د. توفيق فرج المرجع السابق ص ٣٥٢ بند ٢١١ ،د. عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ١٥٥ ،د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٢٦ ،د. حسن كيرة المرجع-

المراكز المتماثلة وهذا ما يهدف إليه التطبيق المباشر للقانون (١) أما القواعد المكملة فتتناول مسائل يترك فيها لمبدأ سلطان إرادة المتعاقدين مجالا رحبا ، ومن ثم تختلف أحكامها بحسب ما تتجه إليه إرادة الأفراد فى تنظيمها ، فلا يكون هناك داع إلى توحيد القواعد القانونية التى تطبق عليها عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها ، وهذا الرأى الذى بسطنا أحكامه يأخذ به غالب الفقه المصرى (٢)، بل هو الرأى الذى كان يأخذ به المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى صراحة (٣)، وقد أخذت قوانين بعض الدول العربية بهذا

=السابق ص ٢٧٦ ، محود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص ٢٤٣ ،د. عبد الرازق فرج – المصدر السابق ص٢٠٠ وما بعدها ،د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٥،١٨٧، ١٩٦،د. عبد الناصر العطار ص ٢٠٧ .

(١) وقد أخذ القضاء المصرى بهذا المعيار ، انظر فى ذلك : نقض مدنى فى ١٩٧٠/٦/١٠ – مجموعة أحكام النقض س٢١ ص ١٠٢٧ رقم ١٦٤ .

(٢) د. حسن كيرة – المرجع السابق ص ٣٧٦،د. عبد الفتاح عبد الباقى – المرجع السابق بند ١٩٦/١٩٥ ،د. أحمد سلامة – المرجع السابق ص٢٢٥ ، د. نعمان جمعة – المرجع السابق ص٢٤٧،د. محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص ٢٤٣ بند ١٤٥،د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٢٢٩،د. توفيق فرج – المرجع السابق ص ٣٥٣ ومصطفى كامل يس فى مجلة الأحكام القضائية – بغداد – المجلد الأول ص ١٩٣ .

(٣) كانت المادة السابعة من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى تنص على أنه " إذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ،فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على الروابط والحالات القانونية التى نشأت تحت سلطانه وكانت مترتبة على إرادة المتعاقدين مالم يوجد نص يقضى بغير هذا إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب " مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ ص ٢١٤) ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة ورؤى عدم الحاجة إليه إكتفاء بالأحكام الواردة فى الدستور والقوانين الخاصة مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص٢١٨،٢١٦ .

الرأى بنص صريح فيها (١)، كما أن محكمة النقض المصرية قد استقرت فى أحكامها على الاتجاه نحو الأخذ بهذا الرأى. (٢)

٣٤- تطبيقات على إعمال الأثر المباشر للقانون الجديد والاستثناء الوارد عليه :

فى ضوء ما إنتهينا إليه فى البند السابق نستطيع الأن أن نعرض لبعض التطبيقات التى يطبق فيها القانون الجديد بأثر مباشر إذا كانت قواعده آمره أيا كانت وسواء تعلقت بمركز تنظيمى أم بمركز تعاقدى ، وبعض التطبيقات التى يكون للقانون القديم فيها أثر مستمر، وهذا لايكون إلا حيث تكون قواعد القانون الجديد مكملة أو مفسرة حيث يستمر القانون القديم يحكم العقود التى تمت فى ظله سواء من حيث آثارها المستقبلة أم من حيث طرق انقضائها .

أولا : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد :

(أ) الفائدة الاتفاقية :

كان التقنين المدنى المصرى القديم(٣) يجعل الحد الأقصى لسعر

---

(١) القانون المدنى العربى الوحيد الذى عرض لهذه المسألة هو القانون المدنى الكويتى الجديد الذى أخذ بالمبدأ المستقبلى للقانون القديم بشكل صريح مالم تكن قواعد القانون الجديد من قواعد النظام العام والآداب ، فقد نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أنه " يسرى القانون الجديد على كل مايقع من تاريخ العمل به مالم ينص على خلافه ، ومع ذلك تبقى آثار التصرفات خاضعة للقانون التى ابرمت تحت سلطانه مالم تكن أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسرى على ما يترتب منها بعد نفاذه " .

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٩٦٣/٦/٢٧ - مجموعة أحكام النقض.س١٤ رقم ١٣١ ص ٩٣٦ ، ونقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ - المجموعة السابقة س٧ رقم ٣٣ ص ٢٤١ ، ونقض مدنى فى ١٠ يونيه سنة ١٩٧٠ - المجموعة السابقة س٢١ رقم ١٦٤ ص ١٠٢٧

(٣) المادة ١٨٥/١٢٥ مرفى قديم .

الفائدة الاتفاقيـــه ٨٪، أى أنه لا يجوز الاتفـــاق على سعر للفائدة يزيد على ذلك ، ثم صدر القانون المدنى الجديد (١) فخفض هذا الحد إلى ٧٪ ، وتطبيق المعيار الذى انتهينا إليه يؤدى إلى القول بأن القانون الجديد الذى يخفض سعر الفائدة الاتفاقية يسرى بأثر مباشر(٢) لأنه نص آمر ، ومن ثم تخفض الفائدة إلى ٧٪(٣) بالنسبة للعقود المبرمة فى ظل القانون القديم وذلك بالنسبة لما يستحق منها بعد نفاذ القانون الجديد (٤) وهذا هو الحل الذى يأخذ به ويطبقه القضاء المصرى حيث قررت محكمة النقض صراحة أن الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها هو من النظام العام ، فيسرى النص المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدنى القاضى بتخفيضه ابتداء من ١٩٤٩/١٠/١٥(٥) حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ (٦)، وهو يختلف عن الحلول التى تقول بها

---

(١) المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى الحالى .

(٢) أنظر د. حشمت ابو ستيت – المرجع السابق ص ١٩٣ ،د توفيق فرج – المرجع السابق ص ٣٥٤ ،د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٢٩٣ ،د. عبد الودود يحي – المرجع السابق ص ١٥٥ ،د. أحمد سلامة المرجع السابق ص ٢٢٧ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الذى أوضحت هذا الحكم بجلاء ج٢ ص ٥٨٤ حيث قالت " ويدهى أن أثر هذا التخفيض (تخفيض السعرمن ٨٪ إلى ٧٪) لا يستند الى الماضى ، فيظل السعر المقدر بمقتضى النصوص الحالية (المعمول به قبل نفاذ القانون المدنى الحالى) قائما إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد ، أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد حتى بالنسبة للعقود التى تمت من قبل ، اتفاقية كانت أو قانونية ".

(٤) انظر د/ عبد الودود يحي – المرجع السابق ص ١٥٣ ،د/ توفيق فرج – المرجع السابق ص ٣٥٤ بند ٣١١ ،د/ نعمان جمعة السابق ص ٢٤٧

(٥) تاريخ العمل بالقانون المدنى المصرى الحالى

(٦) نقض مدنى فى ١٩٥١٣١٣/٥/٣١ مجموعة المكتب الفنى س٤ - رقم ١٦١ - ص ١٠٢٨ ، وانظر نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ -مجموعة أحكام النقض س٧ - رقم ٣٣ ص ٢٤١ ، نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٧ -

النظرية الحديثة ،إذ أن تطبيق فكرة المركز التنظيمي والمركز التعاقدى ، أو فكرة النظام العام الذى يحمى مصلحة عامة لن تؤدى بنا إلى النتيجة التى انتهينا إليها وأقرها القضاء ومعظم الفقهاء ، فإذا قرر القانون تخفيض الفائدة الاتفاقية من ٨٪ إلى ٧٪ لترتب على هذا أن ال ٨٪ تستمر فى السريان إلى حين انقضاء الاتفاق لأن القاعدة الجديده تتعلق بمركز تعاقدى لا بمركز تنظيمى ، وكذلك الحال بالنسبة للمعيار الثانى لأن القواعد المتعلقة بسعر الفائدة الاتفاقية عند أصحاب هذا المعيار تهدف إلى حماية مصلحة خاصة لامصلحة عامة (١) .

(ب) الظروف الطارئة :

كان التقنين المدنى القديم ينص على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" - كقاعدة مطلقة - لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، ولكن التقنين المدنى الحالى استحدث قيدا على هذه القاعدة ، إذ(٢) جعل للقاضى سلطة تعديل العقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب عليها أن صار

- المجموعة السابقة -س٨ ص ٨٣٤، ونقض مدنى فى ٩٦٣/٦/٢٧ - المجموعة السابقة س١٤ رقم ٦ ص٨٠ .

(١) د. توفيق فرج - المرجع السابق - الموضع السابق ،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق - الموضع السابق، يبد أن ما ذهب إليه القضاء المصرى (المشار إليه فى الهامش السابق)، وغالب الفقه المصرى من وجوب تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية إلى الحد الذى قرره القانون (٧٪) هو الرأى الأولى بالقبول فى نظرنا ، لأن تلك الفائدة هى من النظام العام سواء تعلق هذا النظام بمصلحة عامة أو مصلحة خاصة ، خاصة وأن الشريعة الإسلامية لا تقر مبدأ الفوائد الربوية ، ومن ثم فإننا نؤيد تماما ماذهب إليه بعض الفقه المصرى من "أن تخفيض سعر الفائدة الربويه من الأمور التى لا ينبغى التأثر بها بموقف الفقه الأجنبى ..إذ لاشك فى إعتبار ذلك من النظام العام فى مصر ،لأن الشريعة الإسلامية ترفض - بحق الفوائد الربوية من حيث المبدأ ... ومن ثم يكون (سعر الفائدة) مرتبطا بالنظام العام الدينى فى مصر " د، عبد السميع أبو الخير السابق ص ٣٠٠ .

(٢) المادة : ١٤٧ /٢ من التقنين المدنى المصرى الحالى .

تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين إلى حد يهدده بخسارة فادحة ، ونص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك .

فالقاعدة الجديده قاعدة آمره وتتعلق بالنظام العام وهى تسرى بأثر فورى ومباشر على كل العقود التى أبرمت فى ظل القانون القديم وتراخى تنفيذها إلى ما بعد نفاذ هذه القاعدة ، أما الوقائع التى تمت قبل هذا النفاذ فلاتمسها القاعدة الجديده .(١)

ثانيا : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدأ الأثر المستمر (المستقبلى) للقانون القديم :

(أ) إذا فرض وكان هناك عقد بيع تم إبرامه فى ظل قانون يجعل نفقات تسليم المبيع على المشترى ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذه النفقات كلها على البائع أو مناصفة بين الطرفين ،فإن القانون القديم يظل يحكم العقد الذى أبرم فى ظله ،أى يظل المشترى - فى هذا المثال • ملتزما بدفع نفقات المبيع (٢) - لأن القاعدة الجديدة التى تجعل نفقات تسليم المبيع كلها أو بعضها على البائع قاعدة مكملة لا آمره .(٣)

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق ص ١٥٤ بند ١٢٩

(٢) قرب من هذا د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٥٣ .

(٣) وكذلك الحال فيما لو اتفق الدائن مع المدين على أن يدفع الأخير للأول فوائد عن تأخير الوفاء عن الأجل المعين دون أن ينصا على سعر محدد للفائدة ، وكان القانون أذ ذاك يحدد سعر الفائدة ب٧٪ ثم صدر قانون جديد يخفض هذا السعر إلى ٥٪ فإن القانون القديم هو الذى يستمر فى التطبيق على هذا الاتفاق (انظر د/ سليمان مرقص - المرجع السابق ص ٢٩٥) ،أما إذا لم يكن هناك اتفاق أصلا على الفوائد ولكن القانون الجديد خفض الفوائد القانونية ،فإنه هو الذى يسرى ابتداء من تاريخ وجوب العمل به على الفوائد المستحقة بعد صدوره ، أما الفوائد المستحقة من تاريخ المطالبة الرسمية وحتى تاريخ نفاذ القانون الجديد فيطبق بشأنها القانون القديم .- انظر فى ذلك نقض مدنى فى ١٩٨٠/٣/١٠ - مجموعة-

(ب) تنص المادة : ٤٥٦ مدنى على أن " يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

فإذا فرض وصدر قانون جديد يقضى بأن يكون الثمن مستحق الوفاء فى موطن البائع مالم يوجد اتفاق بغير ذلك ،فإن القانون القديم هو الذى يحكم العقد الذى أبرم فى ظله ، لأن القاعدة الجديدة قاعدة مكملة لا أمرة .

هذه هى الحلول النظرية لمشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ، وهذه الحلول قصرت فى بعض الأحيان - كما رأينا - عن ايجاد الحل الشافى لبعض المسائل ، مما حدا بكثير من المشرعين الوضعيين إلى اللجوء فى بعض الأحيان إلى وضع حلول تشريعية لبعض المسائل التى قد تثير صعوبات فى حلها ، وهذا هو مافعله المشرع المصرى على التفصيل الذى سنعرض له فى الفصل التالى.

-أحكام النقض س٣١ ص ٦٧١ رقم ١٣٢ . ونقض مدنى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٧٩ - المجموعة السابقة س٣ ص ٣٧٣ رقم ٧٣ ، نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/١١ - المجموعة السابقة س ٢٩ ص١٥٩ رقم ٣٧ ، وانظر فى هذا المعنى : نقض مدنى فرنسى - فى ١٩٦٠/٤/٢٩ - داللوز ١٩٦٠-٤٢٩ .

الفصل الثالث

الحلول التشريعية والقضائية لمبدأ عدم رجعية القوانين

الفصل الثالث

الحلول التشريعية والقضائية لمبدأ

عدم رجعية القوانين

٣٥- تمهيد :

إزاء قصور الحلول الفقهية السابقة فى حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان ، عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزمانى الهامة ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والإختلاف فى حلها ، ويحمد للمشرع المصرى أنه لم يعتنق نظرية فقهية معينة وهو بصدد وضع الحلول اللازمة للمشاكل التى عالجها ، وفيما عدا هذه الحلول الصريحة لبعض مشاكل التنازع الزماني الهامة تبقى النظرية الحديثة لها الكلمة الأولى فى هذا الشأن ، كما أنه من الأهمية أن نشير إلى أن المشرع المصرى لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى موضع واحد ، وإنما أوردها فى التقنينات الرئيسية المختلفة وذلك بحسب طبيعة مايتصدى لحله من مشاكل فى فروع القانون العام والخاص .

وسنعالج فى هذا الفصل الحلول التشريعية فى مبحثين : نخصص **أولهما** للحلول التشريعية الواردة فى فروع القانون العام ، ونخصص **ثانيهما** للحلول التشريعية الوارد فى فروع القانون الخاص.

المبحث الأول
الحلول التشريعية والقضائية الواردة
فى القانون العام

٣٥- القاعدة العامة :

تقضى القاعدة العامة - فى مجال القانون العام - أنه : فيما عدا القوانين الجنائية التى تستحدث عقوبة جديده أو تشدد من عقوبة قديمة : تسرى القوانين المتعلقة بالقانون العام من وقت نفاذها (١) ويكون لها أثر مباشر ،لأنه يفترض فيها أنها أصلح من القوانين السابقة ، ولا يستطيع أحد أن يدعى أن له حقا مكتسبا فى أن تكون إحدى سلطات الدولة منظمة على وجه معين ، لا يجوز المساس به(٢) . ونستعرض الآن الحلول التشريعية الواردة فى القانون العام بشئ من التفصيل على ضوء مفهوم القاعدة العامة .

٣٦- أولا : فيما يتعلق بالقوانين الدستورية :

إذا صدر دستور جديد يعدل من أحكام الدستور القائم : فإن الدستور الجديد يسرى من وقت العمل به ، ومن ثم يتعين حل الهيئات التشريعية التى كانت مشكلة وفقا للدستور السابق ، ، ويتم تشكيل هيئات تشريعية جديدة وفقا للدستور الجديد (٣) ، مالم ينص فيه على إبقاء إحدى الهيئات السابقة أو على دخول أعضائها كلهم أو بعضهم فى الهيئة التشريعية الجديدة . (٤)

---

(١) انظر : Messina s: traité de droit civil egyptien mixte,t.1. Alexandria 7927, No `143

(٢) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٦٦/١١/٢٢ - مجموعة أحكام النقض - س١٧ رقم ٢١٢ ص ١٥١٨ .

(٣) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٧٤ بند ١٠٩ .

(٤) وكانت المادة ١٣ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة - آنذاك - الصادر فى ١٩٥٨ تنص على الحكم الوارد فى المتن .

وهذا فى حد ذاته إعمال مباشر بنص صريح فى الدستور الجديد ، وتطبيقا لذلك : إذا صدر قانون جديد بتعديل طريقة تعيين رئيس الجامعة أو نائبها ، أو عمداء الكليات أو وكلائهم بجعلهم يعينون بقرار جمهورى أو وزارى بدلا من الانتخاب ، فإنه يسرى فورا وتنتهى بصدوره مدد المنتخبين معهم ، وتصدر قرارات جمهورية أو وزارية بتعيينهم من جديد أو تعيين غيرهم بدلا منهم .(١)

٣٧: الحلول الواردة فى قوانين العقوبات :

تتشدد القوانين الجنائية فى مبدأ عدم رجعية القوانين ، وقد سبق أن ذكرنا (٢) أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضى ، ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة ،أى أن المشرع يستطيع فى غير المواد الجنائية أن يسحب القوانين على الماضى إذا نص على ذلك صراحة،إلا أن سلطة المشرع معدومة فى القوانين الجنائية (٣) ، فمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية (٤) مبدأ يقيد كلا من القاضى والمشرع على سواء ، ومن ثم لا يستطيع المشرع الخروج عليها ولو بنص صريح ، وذلك كفالة للحرية الفردية ومنعا من التوصل إلى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها (٥).

---

(١) مجلس الدولة فى ٢٠ ابريل سنة ١٩٤٩ - لمحاماه ٣٢-٣٤٢-٨٩ مجموعة محكمة القضاء الإدارى س٣ رقم ١٦٤ ص ٥٩٨

(٢) انظر بند ٥ من هذا البحث .

(٣) انظر فى ذلك : رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائى - الطبعة الثالثة ١٩٧١ ص ٢٧٣ بند ٣٢ .

(٤) أى القوانين التى تحدد الجرائم وتبين العقوبات عليها .

(٥) راجع د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٩٢،د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٧٦،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٦٦،د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٤٩ ،د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٧٥، ٢٧٧ ،د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٨،٢٤١ ، د. عبدالناصر-

وهذا هو المبدأ الذى أكده دستور مصر الصادر فى ١٩٧١ فى المادة ٦٦ منه والتى تنص على أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولاعقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

كما نصت على المبدأ ذاته المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى (١) فالقاعدة هى عدم رجعية قانون العقوبات ، ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم .

٣٨- قوانين العقوبات الأصلح للمتهم :

بعد أن بينت المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى الحكم الخاص بمبدأ عدم رجعية قانون العقوبات ، عادت وقررت فى فقرتها الثانية " ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره ".

كما قررت فى فقرتها الثالثة " وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية ".

وبمقتضى هذه المادة يكون للمتهم الاستفادة من القوانين التى تصدر بعد ارتكاب الجريمة إذا كانت أصلح له من القوانين التى

-العطار - المرجع السابق ص ٢١٤،٢١٣ ،د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٩ .

(١) تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى على أنه "

١- يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها .

٢- ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره .

٣- وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى اثاره الجنائية "

ارتكبت الجريمة فى ظلها (١) ، وعلة هذا الاستثناء ،أن الصالح العام يقتضى " عدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة ،أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فانتهى الأمر إلى تخفيفها ".(٢)

وقد فرق المشرع المصرى فى نطاق هذا الاستثناء بين القانون الجديد الذى يقتصر على تخفيف العقوبة وبين القانون الجديد الذى يصل إلى حد الغاء الجريمة أو محوها وذلك على التفصيل الآتى :

أ- فى حالة تخفيف العقوبة مع إبقاء التجريم :-

إذا صدر قانون جديد ينص على عقوبة أخف من العقوبة المقررة فى القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التى ارتكبت فى ظل القانون القديم ، مالم يكن هناك حكم نهائى (٣) بتوقيع العقاب قد صدر ، فالمتهم يستفيد من كل قانون جديد بتخفيف العقاب عليه حتى بعد صدور الحكم فى شأن جريمته مالم يكن نهائيا ،أما إذا صار الحكم نهائيا فلا يستفيد المتهم من أى تخفيف للعقاب يأتى به القانون الجديد ،لأن إعمال التخفيف يستوجب حكما يقرره، وهو أمربات مستحيلا (٤)، لأن الحكم بالعقاب أصبح نهائيا ، واكتسب

---

(١) انظر فى ذلك :د. عبد الفتاح الصيفى - النظرية العامة للقانون الجنائى - ط بيروت ١٩٧٢ ص ١١٨ وما بعدها ، د. رمسيس بهنام - المرجع السابق ص ٢٧٣ ومابعدها .

(٢) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٩٣ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٧٧ ، د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٩ ،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٦٧، ١٦٨ .

(٣) الحكم النهائى هو الحكم الذى يكون غير قابل للطعن فيه بأى طريق من الطرق ، سواء لأن هذه الطرق قد استنفذت ولم تؤدى إلى نتيجة أو لأن مواعيدها قد إنتهت دون طعن فى الحكم .

(٤) انظر فى ذلك د. توفيق فرج المرجع السابق ص ٣٨٠،د. محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٢٤٩ ،د. عبد الودود يحي المرجع السابق ص ١٦٧،د/ سمير تناغو المرجع السابق ص ٧٢٠ وما بعدها .

قوة الأمر المقضى، اللهم إلا إذا اتخذت إجراءات العفو عن المتهم بالطرق المنصوص عليها قانونا (١) .

ب- إلغاء الجريمة أو منع العقوبة :

إذا صدر قانون جديد يجعل الفعل غير معاقب عليه بأن جعل الفعل مباحا بعد ماكان معتبرا جريمة فى ظل القانون القديم أو وجد مانع من موانع العقاب على الفعل الذى اعتبر جريمة فى ظل القانون القديم : فإن المتهم يستفيد من صدور القانون الجديد استفادة مطلقة ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة فى ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى بالعقوبة (٢) فإذا كانت إجراءات الدعوى الجنائية قد تحركت ضد المتهم : أوقفت جميع هذه الإجراءات ، وإذا كان قد صدر حكم نهائى على المتهم بالعقوبة ، أوقف تنفيذ الحكم وأفرج عن المتهم وزالت جميع الآثار الجنائية التى ترتبت عليه (٣) واعتبر الحكم كأن لم يكن بالنسبة له .

وتجدر الإشاره إلى أنه إذا صدر قانون جديد لا يخفف العقوبة ، ولا يلغى الجريمة ، وإنما يفرض عقوبة جديدة ، فلا يسرى على الوقائع السابقة (٤)، بل ولا يجوز للمشرع أن يجعل له أثرا رجعيا.(٥)

---

(١) د. عبد الفتاح الصيفى - المرجع السابق بند ٦٤، وانظر فى شروط العمل بالقانون الأصلح للمتهم تفصيلا :د. رمسيس بهنام - المرجع السابق فقرة ٣٤ .

(٢) انظر المادة : ٣/٥ من قانون العقوبات المصرى ، وانظر نقض جنائى فى ١٩٦٢/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض الجنائى س١٣ ص ٣٦١ رقم ٩١

(٣) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٤٠د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٩٤د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٩. رمسيس بهنام السابق ص ٢٨٥، ٢٨٧ نقض جنائى فى ١٩٦١/١٢/٢٨ س١٢ ص ٩٩٠ رقم ٣٠٧ .

(٤) نقض جنائى فى ١٧ إبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض الجنائى س ١٣ رقم ٩١ ص ٣٦١ .

(٥) انظر م ١٣٦ من الدستور الحالى .

٣٩- قوانين العقوبات المؤقتة :

يقصد بالقوانين الجنائية المؤقتة : القوانين التى تصدر للعمل بها فى خلال فترة زمنية محددة ، سواء استفيد التأقيت من النص الصريح عليه فى القانون أم استفيد التأقيت من طبيعة القانون(١) إذا ما انقضت زالت قوتها وأصبحت الأفعال التى تحرمها أفعالا مباحة، ومثال ذلك أن يصدر قانون يضع حدا أقصى لسعر سلعة معينه (تسعيرة جبرية) خلال فترة معينة ، ويجعل البيع بأكثر من هذه التسعيرة جريمة يعاقب عليها خلال هذه الفترة ،فإذا ما انقضت زالت قوة هذا القانون ، أو أن يصدر قانون يجعل من تصدير سلعة معينة خلال فترة معينة جريمة معاقبا عليها ...إلخ .

فإذا ارتكب شخص مثل هذه الجريمة أثناء فترة قيام القانون فما الحكم إذا لم يقدم للمحاكمه إلا بعد إنتهاء فترة سريان القانون المؤقت ؟أو قدم للمحاكمة ولم تنته محاكمته بعد ، أو كانت محاكمته قد تمت وصدر حكم بإدانته وبدأ فعلا فى تنفيذ العقوبة ؟

أجابت المادة ٤/٥ من قانون العقوبات (٢) على ذلك وقررت أنه إذا بدأت إجرأت الدعوى الجنائية قبل إنتهاء فترة سريان القانون المؤقت - تستمر المحاكمة أو يستمر تنفيذ الحكم، أما إذا إنتهت مدة سريان القانون الموقت دون أن تبدأ هذه الإجرآت ، فهنا لايمكن إتخاذ أى إجراء لعقاب المتهم استثناء من قاعدة رجعية القانون

---

(١) وتؤيد محكمة النقض المصرية الرأى الذى يرى أن قوانين العقوبات المؤقتة هى التى ينص فيها صراحة على مدة التأقيت انظر فى ذلك نقض فى ١٩٤٦/١/٢٨ - مجموعة عمر (جنائى) ج٧ رقم ٦٩ ص ٦٣ ، وانظر رمسيس بهنام - المرجع السابق ص ٢٨٧ ف ٣٥ .

(٢) تنص المادة ٥٠ /٤ على " غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها ، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا للقانون عن ارتكابه فى فترة محددة ،فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها .

الأصلح للمتهم (١) والقاعدة المذكورة - عدم إفادة المتهم من القانون الجديد إذا بدأت محاكمته بمقتضى قاعدة جنائية مؤقتة - وإن كانت تخالف منطق رجعية القانون الأصلح للمتهم ، إلا أن المصلحة العامة تفرض هذا الخروج ،لأن القول بغير ذلك يشجع الأفرد إلى ارتكاب ماتنص عليه القوانين العقابية المؤقتة من جرائم طمعا فى الإفادة من الإعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية بفوات فترة السريان المحدود لهذا القانون، كما قد يعمد هؤلاء المتهمون إلى إطالة إجرات المحاكمة حتى تنتهى فترة سريان القانون(٢) وبذلك يفلتون من العقاب ، ويضيع الغرض المقصود من القانون .

٤٠- تأصيل وتحليل لمبدأ تطبيق قوانين العقوبات الأصلح للمتهم :-

بعد عرضنا السابق للحلول الواردة فى قانون العقوبات لمشكلة مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم إذا كان يخفف العقوبة أو يلغيها- على النحو السابق بيانه - فإننا نرى أن الحل الذى وضعته المادة الخامسة من قانون العقوبات المصرى - فى هذا الشأن - يتفق مع كل من النظريــة التقليديــة والنظرية الحديثــة ، فالنظريـة التقليدية تقرر رجعية القــــانون الأصلح للمتهم (٣) كإستثناء على مبدأ عدم الرجعية ، كما أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم يعتبر استثناء على مبدأ عدم الرجعية فى نظر فريق من أنصار النظرية الحديثة ، بينما

---

(١) انظر د. السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة فى قانون العقوبات ط ١٩٥٢ ص ١٠٤،١٠٥ ،د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة ط ١٩٦٢ - ص ١٢٥ ،د. رمسيس بهنام - المرجع السابق ص ٢٨٧ .

(٢) انظر د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٤٠ ،د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٩٥ ،د. عباس الصراف وجورج حزبون بتصرف المرجع السابق ص ١١١ ،د. أحمد سلامة المرجع السابق ص ٢٤٠ .

(٣) بالنسبة للقوانين الجنائية غير المؤقتة .

يرى الفريق الآخر من أنصار هذه النظرية أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم وسريانه على الجرائم التى ارتكبت قبل صدور القانون الجديد الذى يخفف العقوبة أو يلغيها إنما هو مجرد تطبيق مباشر للقانون الجديد على التفصيل السابق ذكره فى حينه .

أما إذا كان قد صدر على المتهم حكم نهائى فإنه لا يستفيد من القانون الجديد إلا إذا كان مبيحا للفعل فقط ، وهذه الإفادة تشكل استثناء عند أنصار النظرية التقليدية والنظرية الحديثة على السواء،إلا أن فريقا من أنصار النظرية الحديثة يرى أن استفادة المتهم من القانون الجديد الذى يبيح الفعل إنما هو مجرد تطبيق مباشر للقانون الجديد مادام الحكم النهائى لم يصدر بعد " فمركز المتهم يكون حينئذ فى دور التكوين ،أما وقد صدر هذا الحكم فإن مركز المتهم يكون قد تم تكوينه وكل مساس به ينطوى على رجعية القانون الجديد". (١)

٤١- ثالثا : الحلول الواردة فى القوانين المتعلقة بالنظام القضائى :

تسرى التشريعات المتعلقة بالنظام القضائى وقواعد اختصاص المحاكم من وقت صدورها ووجوب العمل بها (٢) ،أى تسرى بأثر مباشر منذ نفاذها ، وتقضى المادة الأولى من قانون المرافعات المصرى بأنه "إذا أنشئت محكمة جديدة أو ألغيت محكمة قائمة ، وأحيل اختصاصها إلى غيرها ، سرى ذلك فى الحال على القضايا التى كانت مرفوعه من قبل أمام المحاكم صاحبة الاختصاص السابق مالم يكن قد قفل باب المرافعة فيها قبل تاريخ العمل بالقانون الجديد ،أو يكون هذا القانون قد انطوى على أحكام تفيد عدم سريانه

---

(١) د. أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٤١ .

(٢) انظر : Messina : op cit., t.1, No . 148

وانظر د/ سليمان مرقس المرجع السابق ص ٢٧٤، ٢٧٥ ،د/ محمد كامل مرسى شرح الباب التمهيدى للقانون المدنى فقرة : ١٢٤ .

على الدعاوى المنظوره وقت العمل به ".(١)

وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض المصرية - وهى بصدد تطبيق القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ الذى أعفى مصلحة الضرائب من فوائد المبالغ المحكوم عليها بردها : أن التشريع المستحدث لا يسرى على فوائد المدة السابقة على صدوره .(٢)

٤٢- رابعا : الحلول المتعلقة بقوانين الجنسية :

تسرى القوانين المتعلقة بقوانين الجنسية بأثر مباشر منذ تاريخ العمل بها ، ومن ثم فلا رجعية لقوانين الجنسية، وقضت محكمة النقض بأن القانون الجديد لا يسرى على المراكز القانونية التى تحققت قبل صدوره .(٣)، ورفضت تطبيق القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٥٠ الذى استحدث شروطا جديدة لإكتساب الجنسية المصرية على الأشخاص الذين توافرت فيهم قبل صدوره الشروط التى كان يكتفى بها القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ بشأن الجنسية المصرية (٤).

---

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ١٢٠ من قانون المحاكم الحسبيه الصادر سنة ١٩٤٧ والمادة الأولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمليه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ ،وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ ص٢٢١ .

(٢) نقض مدنى فى ٢ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ٦٨ ص ٤٤٧، نقض مجنى فى ١٩٥٩/١٢/١٧ - المجموعة السابقة س١٠ رقم ١٢٥ ص ٨٢٦، وانظر المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٥٧/١١/٢ - مجموعة المحكمة المذكوره ٣-٣-١ .

(٣) نقض مدنى فى أول إبريل سنة ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض س١٥ رقم ٧٨ ص ٤٨٦ وانظر فى هذا المعنى المحكمة الإدارية العليا فى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٨ المحاماة س ٣٩ رقم ٢٢٨ ص ٥٩٠ .

(٤) انظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٧٧ .

٤٣- خامسا : الحلول الواردة بالقوانين الضريبية :

وكذلك الشأن بالنسبة للقوانين الضريبية ،فإذا صدر قانون جديد لإعادة تقدير وعاء الضريبة ،فإن هذا القانون يسرى بأثر مباشر منذ تاريخ نفاذه ،" ويتعين على مصلحة الضرائب من تلقاء نفسها إعمال حكمه من وقت العمل به على كافة الحالات التى لم يصبح فيها الربط نهائيا "(١) وقد قضت محكمة النقض "بأن القانون المعدل لضريبة معينة كالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ لا يسرى إلا من السنة الضريبية التاليه ".(٢)

---

(١) د. سليمان مرقس المرجع السابق ص ٢٧٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س١٤ رقم ٢٥ ص ١٩٣ ، وانظر فى هذا المعنى أيضا: نقض مدنى ١٩٥٩/٢/٢٦ المجموعة السابقة س١٠ رقم ٢٨ ص ١٨٤ .

المبحث الثانى

الحلول التشريعية الواردة فى القانون الخاص

المطلب الأول :

الحلول التشريعية الواردة فى القانون المدنى

٤٤- الحلول الواردة فى القوانين المتعلقة بالأهلية :

تنص المادة السادسة من القانون المدنى على أنه:

١- النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص .

٢- وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة "

ويستبين من هذا النص أنه اضطلع بحل مشكلتين :

الأولى : تتعلق بمركز الشخص نفسه من حيث أهليته .

والثانية : تتعلق بحكم تصرفاته التى صدرت فى ظل القانون القديم .

(أ) فالنسبة للمسألة الأولى وهى أهلية الشخص نفسه نجد أن النص السابق يقرر سريان القانون الجديد بأثر مباشر منذ نفاذه[١] سواء كان برفع سن الرشد أم بخفضها عما كانت عليه فى القانون القديم، فإذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين فإن كل من لم يبلغ هذه السن وقت صدور القانون الجديد يعتبر قاصرا حتى ولو كان قد بلغ سن الرشد فى

---

(١) د. نعمان جمعة - المصدر السابق ص ٢٥٠ ، د/ عبد الودود يحي - المصدر السابق ص ١٥٦ ،د/ توفيق فرج - المصدر السابق ص ٣٥٧، أحمد سلامة السابق ص ٢٢٠ .

القانون القديم (١) ، وإذا كان القانون الجديد بخفض سن الرشد من الحادية والعشرين إلى الثامنة عشرة فإن كل من يكون بالغا هذة السن (١٨ سنة) وقت نفاذ القانون يعتبر رشيدا .رغم سبق اعتباره قاصرا فى ظل القانون القديم .

ويرى غالب الفقه المصرى (٢) أن هذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية فى الحالتين على أساس أن النظرية التقليدية ترى أن القانون الجديد يمس بالحق المكتسب إذا تعلقت أحكامه بالنظام العام ، ولا شك أن القانون المحدد لسن الرشد يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يكون المشرع المصرى قد اعتمد النظرية التقليدية فى غير منطوقها ، وإنما طبقها فى حالة من الحالات الاستثنائية التى تنص عليها ، كل هذا إذا كان القانون الجديد قد رفع سن الرشد ، أما فى حالة إنقاص سن الرشد فإن القانون الجديد هو الذى يطبق وفق أحكام النظرية التقليدية لأنه لا يصطدم بداهة بأى حق مكتسب .

وأما بالنسبة لفقه النظرية الحديثه ، فإن الحل الذى أخذ به المشرع المصرى (٣) يتفق معها فى حالة تخفيض القانون الجديد لسن الرشد، إذ الأثر المباشر للقانون الجديد من شأنه أن يجعل كل قاصر فى ظل القانون القديم رشيدا منذ نفاذ القانون الجديد ، لأن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد ، فيملك القانون الجديد تقرير

---

(١) كقانون المجالس الحسبية الذى صدر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ وقضى برفع سن الرشد من ١٨إلى ٢١ سنة وهو ما أخذ به التقنين المدنى الحالى فى المادة ٢/٤٤، وانظر كذلك القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الذى منع سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوج أقل من ١٨ سنه والزوجه أقل من ١٦ سنه وقت العقد ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ٢١٦، ٢١٧ .

(٢) انظر د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٠،د. محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٢٤٤،د. عبد الودود يحيي - المرجع السابق ص ١٥٧ ،،د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٥٧،د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢٣١ وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ ص ٢١٥ .

(٣) م ١/٦ من التقنين المدنى المصرى الحالى .

انقضائه واعتباره رشيدا بماله من أثر مباشر .

أما فى حال رفع سن الرشد فيرى الاستاذ " روبييه "(١) أن القانون الجديد لا يملك إعادة من كان معتبرا رشيدا فى ظل القانون القديم قاصرا من جديد (٢) ، على أساس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد انقضى ببلوغه سن الرشد فى ظل القانون القديم ، فإذا أعيد قاصرا وفقا للقانون الجديد كان ذلك رجعية للقانون وإن كانت رجعية مخففة لعدم انصرافها إلى المستقبل وحده إبتداء من تاريخ العمل بالقانون الجديد (٣) .

ولكننا نميل إلى ما ذهب إليه بعض أنصار النظرية الحديثة الذين لا يرون تعارضا بين الحل القاضى بإعادة من كان معتبرا رشيدا إلى حالة القصر إبتداء من تاريخ نفاذ القانون الخاص برفع سن الرشد،إذ يمكن القول بأن مركز القاصر إذا كان قد انقضى فى ظل القانون القديم إلا أنه أدى إلى تكوين مركز آخر هو مركزه كراشد " وأن هذا المركز من المراكز المستمرة.التى تظل جارية فى الأصل حتى الوفاة مما ينبغى معه تمكين القانون الجديد - احتراما لسلطانه المباشر - من تناول هذا المركز والمساس به ، مادام لا ينصرف بهذا المساس إلى الماضى بل يقصره على المستقبل إبتداء من يوم نفاذه ".(٤)

---

(١) انظر : Roubier : op - cit. t,II. No. 105, p. 297 ets .

(٢) انظر فى شرح هذا المعنى د. عبد الفتاح السيد - الأثر الرجعى لقانون المجالس الحسبيه الجديد - المحاماه س٧ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٣) انظر فى هذا المعنى أيضا : Ripert et Boulanger : triaté de droit civil d' aprés le traité de planiol,t. 1, ed,1956, No. 298

(٤) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص٣٨ ، وانظر فى هذا المعنى د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٥٨،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٥٧، د. محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٢٤٤، ٢٤٥ فقرة ١٤٨ وانظرعكس ذلك د. أحمد سلامة المرجع السابق ص٢٢١ الذى يرى أن منطق

ولذلك فنحن نرى تأييد ما أخذ به القانون المصرى من ضرورة تطبيق القانون الخاص برفع سن الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ،ولو سبق اعتباره رشيدا فى القانون القديم ، على أساس أن هذا تطبيق مباشر للقانون الجديدولا رجعية فيه لأنه ينصرف إلى المستقبل وحده دون المساس بمركز الرشد فى الماضى ، وهذا هو مايقول به كثير من الفقه الفرنسى وبعضهم من أنصار النظرية الحديثة نفسها (١).

ب- أما بالنسبة لتصرفات الشخص : فيجب التفرقة بين حالتين :

الأولى : التصرفات التى يكون الشخص قد أبرمها فى ظل القانون القديم وكان وقت إبرامها رشيدا وفقا لأحكام هذا القانون ، تكون هذه التصرفات محكومة بالقانون القديم التى صدرت فى ظله ، فلا تتأثر بالقانون الجديد (٢) ،فإذا عاد الشخص قاصرا وفق أحكام القانون الجديد ، فإن تصرفاته التى أبرمها قبل صدور القانون الجديد والتى كانت تعتبر صادرة من راشد وفقا لأحكام القانون القديم – تظل صحيحه ونافذه رغم اعتباره قاصرا من جديد وفقا لأحكام القانون الجديد (٣) .

-الفقه السابق " فيه نوع من التجوز فهو يقيس مركز الراشد على مركز القاصر وفى رأي سيادته أن هذا قياس مع الفارق فمركز القاصر يكون فى دور التكوين وسينتهى حتى بلوغ سن الرشد أما مركز الرشيد فهو مركز استقر منذ لحظة بلوغ سن الرشد ، ومن ثم فهو قد تكون وانتهى .."

(١) انظر : colin , capitant et de la morandiér op . cit., t. 1, No . : 59 -Aubry et Rau, op .cit., t.1No 30,p. 115. Esmein , cours de droil civil approfondi et comparé, 1943 - 1944 , p. 90 .

(٢) انظر المادة : ٢/٦ من التقنين المدنى المصرى .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص٢١٧،٢١٦ وقد جاء فيها " على أن عودة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد بعد أن اعتبر رشيدا تحت

الثانية : التصرفات التى أبرمها الشخص فى ظل القانون القديم وكان ناقص الأهلية وقت إبرامها فى ظل هذا القانون - ثم صدر قانون جديد اعتبر فيه راشدا (أنقص من سن الرشد)، والمتفق عليه (١) فى هذه الحالة أن التصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أى شخص كان قاصرا فى حكمه تظل باطلة أو قابلة للابطال وفقا لأحكام القانون التى أبرمت فى ظله ، رغم اعتباره رشيدا إبتداء من وقت نفاذ القانون الجديد، ومثال ذلك لو أن القانون القديم يحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ، وتبرع شخص وهو فى سن العشرين ، وبعد تبرعه صدر قانون جديد يحدد سن الرشد بثمان عشرة سنة ، فهل تبقى الهبة باطلة أم تنقلب صحيحة ، لا خلاف أنها تظل باطلة وفقا لأحكام القانون التى أبرمت فى ظله. (٢)

وهذا الحل المتفق عليه إنما هو تطبيق دقيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد "أيا كان مفهوم الرجعية (أى عند أنصار النظرية التقليدية والنظرية الحديثة) فهو مبرر عند أنصار النظرية التقليدية على أساس احترام الحـــق المكتسب ، وفى نظرية " ديجى " على

=سلطان التشريع القديم لاتؤثر فى صحة التصرفات التى صدرت منه فى ظل هذا التشريع ، فهذه التصرفات لا يجوز الطعن عليها بسبب نقص الأهلية متى كان العاقد كامل الأهلية فى وقت انعقادها ، إذ أن القانون الجديد يعيد الأشخاص الى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فقط "

(١) د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٥٩ ،د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٠ ،د. حسن كيرة - المرجع السابق ص٣٨٢ ،د. عبد الودود يحى المرجع السابق ص ١٥٨ ،د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص٢٥١ ،د. محمود جمال الدين زكى - السابق ص ٢٤٤ .

(٢) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٠ ،د/ توفيق فرج السابق ص ٣٦٠ ،د/ نعمان جمعة - المرجع السابق ص٢٥١ ،د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٤ .

أساس عدم المساس بالأعمال الماضية ، وعند أنصار النظرية الحديثة على أساس إحترام المراكز القانونية التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم ".(١)

٤٥- الحلول الواردة فى القوانين المتعلقة بالوصايا :

لما كانت الوصية تصرفا مضافا لما بعد الموت ، فإن هذا يعنى أنه لا يتم وجودها القانونى إلا بموت الموصى وهو مصر عليها (٢) ومن ثم فكل القوانين المتعلقة بالوصايا يسرى كل منها بأثر مباشر على الوصايا التى يموت الموصون بها فى ظله ولو صدرت منهم قبل العمل به (٣) ، فلو أن القانون الجديد صدر ، وقضت أحكامه بإنقاص الحد الجائز الإيصاء به بأن جعله الربع بدلا من الثلث فإنه هو الذى يطبق ، ولا تنفذ الوصية إلا فى حدود القدر الذى يسمح به القانون الجديد (٤) لأن آثار الوصية لا تتحقق إلا بوفاة الموصى ، فتخضع هذه الآثار للقانون الذى يكون نافذا وقت وفاة الموصى .

٤٦- الحلول الواردة فى القوانين المنظمة لعلاقات العمل :

تسرى القوانين المنظمة لعلاقات العمل فورا على مالم يكن قد تم

---

(١) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٢ .

(٢) نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض س١٥ رقم ١٥٧ ص ٦٧٣ ، ونقض مدنى - المجموعة السابقة س٧ ص ١٤٤ .

(٣) انظر د. سليمان مرقص المرجع السابق ص ٢٨٤

(٤) انظر د. سمير تناغو - المرجع السابق ص ٦٧٤، ٦٧٦ ،د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٢٦ ،د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٣٨ .

أو اكتمل من آثار عقد العمل(١)، وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض بسريان القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ - فيما تضمنه من قواعد آمرة أو متعلقة بالنظام العام - على مالم يستقر أو يكتمل من آثار العقد إلى تاريخ العمل به. (٢)

٤٧- الحلول الواردة فى القوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية:

القوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية فى ذاتها تسرى بأثر مباشر فور نفاذها على أصحاب الحقوق التى تنظمها أو تقيدها تلك القوانين (٣) فإذا صدر قانون جديد يفرض قيودا على حق الملكية كحقوق الارتفاق القانونية فإن هذه القيود تسرى فورا على المالكين الحاليين ، ولا يحق لهم الاعتراض بأنه قد أصبحت لهم حقوقا مكتسبة لا يجوز المساس بها قبل صدور القانون الجديد .

ومن أمثلة ذلك قيود الملكية الواردة فى المواد ٨٠٦ ومابعدها من التقنين المدنى الحالى ، وما تنص عليه المادة ١/٨٣٣ مدنى على تحديد ميعاد ثلاثين يوما يستعمل فيه حق استرداد الحصة الشائعة فى منقول أو مجموع من المال (٤) وتطبيقا لذلك قضت محكمة

---

(١) د. سليمان مرقص - المصدر السابق ص ٢٨٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٤ يناير سنة ١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ٩ ص ٤٣ ، وانظر ننقض مدنى - المجموعة السابقة فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٦٣ س١٤ رقم ١٥١ ص ١٠٦٢ .

(٣) د/ سليمان مرقص - المرجع السابق ص ٢٨٣ ،د/ محمد كامل مرسى - المرجع السابق فقرة ١٢٧ .

(٤) تنص المادة ١/٨٣٣ من التقنين المدنى المصرى على أنه " للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصه الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه به ، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى ، ويحل المسترد" محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ".

النقض بأن الميعاد الذى نص عليه القانون الجديد (١) (التقنين المدنى الحالى) يسرى على استعمال حق الاسترداد الناشئ عن البيوع السابقة على صدور هذا القانون .(٢)

وأيضا مانص عليه المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى حيث نص فى مادته الأولى على أنه "لايجوز لأى شخص أن يمتلك من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولايجوز تسجيله " فهذا القانون يسرى فى الحال وبأثر مباشر منذ تاريخ نفاذه على كل شخص يمتلك مائتى فدان أو أكثر ، ومن ثم فقد حكمت محكمة النقض بأن هذا القانون يسرى على الوقائع السابقة على صدوره ، وقضت بعدم جواز دعوى الشفعة التى رفعت قبل صدور القانون المذكور متى كان الشفيع مالكا وقت الشفعة مائتى فدان أو أكثر. (٣)

٤٨- الحلول الواردة فى القوانين المتعلقة بالتقادم :

تنص المادة السابعة من القانون المدنى على أنه :

١- تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل.

٢- على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديده " .

---

(١) حيث لم يكن القانون المدنى القديم ينص على هذا الميعاد .

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ - مجموعة أحكام النقض س٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ .

(٣) نقض مدنى فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض - س٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨ وقارن سليمان مرقص - المرجع السابق - الموضع السابق .

وتنص المادة الثامنة على أنه :

١-إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢-أما إذا كان الباقي من المدة التى نص عليها القانون القديم اقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بإنقضاء هذا الباقى " .

هذه النصوص تتعلق بالتقادم وهى تبين أن الأصل فى القانون الجديد أن كل تقادم لا يزال جاريا عند نفاذه يخضع لسلطانه المباشر ، إذ يتعلق الأمر حينئذ بمركز قانونى لازال فى دور التكوين ، وهو بالطبع يخضع للقانون الجديد الذى يتحقق المركز فى ظله بشرط ألا يمس القانون الجديد ماسبق توافره قبل نفاذه من عناصر تهم هذا التكوين إذا كانت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، وإلا كان القانون ذا أثر رجعى. (١)

وتوضيحا لذلك : إذا صدر قانون جديد يعدل فى مدة التقادم أوشروطه ، فإن هذا القانون يسرى على كل تقادم يبدأ بعد نفاذه ، ولا يمس التقادم الذى تم فى ظل القانون القديم "لأنه حينئذ يمس حقا مكتسبا وفقا للنظرية التقليدية أو يمس المراكز القانونية التى تمت قبل نفاذه وفقا للنظرية الحديثة ".(٢)

---

(١) انظر د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٢، ٣٨٣ ،د. توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٣٦١ ،د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٥٢ ،د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٧٦ ،د.محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٥ .

(٢) د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص١٥٩ ، وانظر د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٥،٢٣٣ ،د. عباس الصراف ،جورج حزبون - المرجع السابق ص ١١٢ .

ولكن الصعوبة تثور حين يكون التقادم - المكسب أو المسقط - قد بدأ ، ثم صدر القانون الجديد قبل أن تكتمل مدته ، ماذا نفعل ؟

هل يستمر التقادم للقانون الذى بدأ فى ظله . أى يطبق مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ؟أم أن القانون الجديد هو الذى يطبق بأثر مباشر ؟

هذا ما سنجيب عليه فيما يلى :

أولا : متى لا يكون لقوانين التقادم الجديدة أثر رجعى :؟

يستبين من نص المادة السابعة فى فقرتها الثانية أن المشرع المصرى يقرر فيها عدم رجعية القانون الجديد بالنسبة لماتم من العناصر المتعلقة بالتقادم قبل نفاذه ،إذ أن هذه العناصر تظل خاضعة للقانون القديم ولا يمتد إليها القانون الجديد وإلا كان هذا تطبيقا بأثر رجعى ، وذلك كالعناصر المتعلقة ببدأ التقادم ووقفه وانقطاعه (١) فإذا اعتبر القانون الجديد الشروط المتعلقة ببدء التقادم،أو وقفه ،أو إنقطاعه فإن هذا لا يمس ماتم من ذلك فى ظل القانون القديم وإذا صدر قانون يجعل تقادم نوع معين من الحقوق ينقطع بمجرد، إرسال خطاب موصى عليه (٢) فإنه يسرى على مايرسل بعده من خطابات موصى عليها لا على ما أرسل منها قبل صدوره (٣)، وإذا استحدث القانون الجديد نوعا جديدا من التقادم،أو

---

(١) راجع د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٣ فقرة ٢٠٦ د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص١٦٠ وانظر نقض مدنى فى ١٩٧٠/٤/١٥ - مجموعة الأحكام س ٢١ م١٠٠ ص ٦٢٥

(٢) كالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٥١ والقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ فيما يتعلق برسم الدمغة وغيره من الضرائب والرسوم ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٦٧/١٠/١٧ - مجموعة الأحكام س ١٨ ص ١٥٢٧ رقم ٢٢٩ .

(٣) انظر نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٥٩ - مجموعة أحكام النقض س١٠ رقم ١١٠ ص٧٢٢ وفى هذا المعنى د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٤.

أجاز تقادما لم يكن جائزا فى القانون القديم ، فإن القانون الجديد يسرى فورا من وقت نفاذه حتى على الوقائع التى تتوافر فيها شروط التقادم الجديد ، إلا أن سريان هذا التقادم لا يبدأ إلا من وقت صدور القانون الجديد (١) وفى كل الحلول السابقة نرى أن المشرع المصرى استجاب لمنطق النظرية الحديثة ، على أساس أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكون أو انقضاء مركز قانونى فى ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون طالما تكون له قيمة قانونية فى ذاته ، ومن ثم لايملك القانون الجديد المساس به وإلا اعتبر أنه ذو أثر رجعى (٢) .

ثانيا : متى يكون لقوانين التقادم الجديدة أثر مباشر ؟

أوضحت الفقرة الأولى من المادة السابعة - أن النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ، وذلك بمقتضى إعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون ،أى أن قوانين التقادم الجديدة تسرى من وقت العمل بها على كل ما يتعلق بالتقادم من حيث شروطه ومدته .

(أ) أما من حيث شروط التقادم :

فالأصل هو سريان القانون الجديد (٣) المعدل لشروط التقادم

---

(١) نقض مدنى فى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض س١٥ رقم ١٦١ ص ١٠٩٥ وانظر حكم الإدارية العليا فى ١٩٦٢/١١/٢٤ مجموعة الإدارية العليا -٨-١٣٠-١٣، وانظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٨٦،٢٨٧ ، د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٥، ٢٤٦ ،د. أحمد سلامة المرجع السابق ص ٢٣٤،٢٣٥ .

(٢) انظر د. توفيق فرج- المرجع السابق ص ٣٦٣ ،د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٦،د. سمير تناغو - المرجع السابق ص ٧٠٩ .

(٣) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٣ ،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق - ص ١٦٠ ،د. نعمان جمعة المرجع السابق ص ٢٥٣ .

سريانا مباشرا على كل تقادم جـار ، وقد حكمت محكمـة النقض " بأن مضى المدة المكسبة للملكية أو المسقطة إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم يتم ثم جاء قـانون جديد معدل شروطها أو مداها ، فالقانون الجديد هو الذى يسرى".(١)

وتأسيسا على ذلك :إذا عدل القانون الجديـد شـروط الحيـازة اللازمة للتقادم المكسب ، فهذه الشروط هى التى تطبق إبتداء من وقف نفاذ القانون الجديد .(٢)

وإذا كان القانون القديم يجعل الإنذار " كافيا لإنقطـاع التقـادم ثم جاء القانون الجديد وقرر أن التقادم لا ينقطع إلا برفع الدعوى ، فإن رفع الدعوى هو الإجراء الوحيد الذى يقطع التقادم ابتـداء من وقت نفاذ القانون الجديد ، وإذا غير القانون الجديد قابليـة الحق للتقـادم - مثـلا - يكـون لهذا القـانون أثره المباشر علـى التقـادم الجـارى ، فالقانون الذى يجعل حقا أومالا غير قـابل للتقـادم بعد أن كـان قـابلا لذلك فى القـــانون القديـم ، ينتهـى فـور نفـاذه للتقـادم الجـارى فـى شأنه .(٣)

(ب) وأما من حيث مدة التقادم :

فإما أن يطيل القانون الجديد المدة أو يقصرها :

١- فإذا أطال القانون الجديد مـدة التقـادم ، فـإن التقـادم الجـارى لا يكتمل إلا بعد انقضاء المدة التى نص عليها القـــانون الجديد مع

---

(١) نقض مدنى - جلسة ١٩٣١/١١/٢٦ طعن رقم ٣ لسنة ١ قضائية .

(٢) د. عبد الودود يحي - المرجع السابق - الموضع السابق ، وانظر فى هـذا المعنى د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٤د. محمود جمـال الدين زكـى - المرجع السابق ص ٢٤٥د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٤ د. عباس الصراف وجورج حزبون - المصدر السابق ص ١١٣ .

(٣) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٤ ، وانظر :د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٦٢ د. محمود جمال الدين زكـى - المرجـع السـابق ص ٢٤٥ د. أحمد سلامة - السابق ص ٢٣٤ وانظر : Roubier , op. cit., t.11. No 99, p. 237

إدخال المدة السابقة فى الإعتبار ، (١) فإذا كان القانون القديم يحدد مدة التقادم بعشر سنوات ، وبدأ التقادم فى ظله ، ومضت على بدئه تسع سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيل المدة إلى خمس عشرة سنة ،فإن واضع اليد لن يمتلك العقار إلا بعد مضى ست سنوات أخرى تضاف إلى المدة السابقة لتكتمل مدة الخمس عشرة سنة التى نص عليها القانون الجديد (٢) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن المدة المكسبة للملكية أو المسقطة للحق إذا إبتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديد معدلا شروطها أو مدتها ، فالقانون الجديد هو الذى يسرى ، وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنى الجديد المعمول به ابتداء من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ على أن "تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ".(٣)

٢- أما إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم بأن جعلها عشر سنوات

---

(١) انظر نقض مدنى فى ١٩٥٩/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ١١٥ ص ٧٢٢ .

(٢) انظر فى ذلك د. عبد الودود يحى - المرجع السابق ص ١٦٠ ، د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٢د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٨٥ د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٥٣ ، ومحمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٦د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٤د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٦٣ .

(٣) نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٧٢ س٢٣ طعن رقم ٢٢٣ ص ٥٠٧ وانظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٦ مارس سنة ١٩٨٣ - مجموعة أحكام النقض س٣٤ طعن رقم ١٤٩٩ ص٦٩٠ ، ونقض مدنى فى ١٩٦٧/١٠/١٧ ، المجموعة السابقة س١٨ طعن رقم ١٤٤ ص ١٥٢٧ ، ونقض مدنى فى ١٠ نوفمبر ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ١٤٦ ص٨٧٩ .

- مثلا - بدلا من خمس عشرة سنة (١) ،فإن ثمة صعوبة تثور إزاء تقصير مدة التقادم (٢) ،إلا أن المشرع المصرى تكفل بحل هذه الصعوبة فى المادة الثامنة من التقنين المدنى - وفيها يفرق بين فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون مدة التقادم التى قررها القانون الجديد أقصر مما بقى من مدة التقادم وفقا للقانون القديم ، فهنا يطبق القانون الجديد بأثر مباشر ويصرف النظر عن مدة وضع اليد فى ظل القانون القديم،فإذا وضع شخص يده على عقار بنية التملك فى ظل قانون يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، ومر ثلاث سنوات على وضع اليد ، ثم صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم عشر سنوات فإن المدة التى قررها القانون الجديد للتقادم وهى عشر سنوات هى التى تسرى ويبدأ نفاذها من وقت العمل بهذا القانون، أى أننا نصرف النظر عن السنوات الثلاث التى انقضت فى ظل القانون القديم ، ومعنى ذلك أن يتم التقادم قبل سنتين عن المدة التى كان يقررها القانون القديم،أى أن المدة الباقية من التقادم فى ظل القانون القديم وهى

---

(١) من ذلك مثلا مافعله المشرع المصرى فى المرسوم بقانون الصادر فى ١٩٢٥/١٠/١٣ وقرر فيه قصر مدة سقوط الحق إلى خمس سنوات من تاريخ انتهاء القوامة بعد أن كانت خمس عشرة سنة .

(٢) "إذ الأصل - إعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد - وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جار لم يكتمل ، ولكن لا يتأتى ذلك إلا بإسقاط ماسبق جريانه من مدة فى ظل القانون القديم من الحساب ، خشية ماقد يؤدى إليه احتسابها من اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم وإعطاء القانون الجديد بذلك أثرا رجعيا لا يملكه "د/ حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٤ ، ويؤيد هذا المنطق قضاء النقض المصرى - انظر نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ - المحاماه - رقم ١٦٠ ص ٣٠١، ويؤيد هذا القضاء د/ شمس الدين الوكيل - الموجز فى المدخل لدراسة القانون ط١٩٦٥ ص ٢٤٧، ٢٤٩ ،إلا أن الدكتور حسن كيرة يؤيد الرأى العكسى الوارد تفصيله فى المتن .

١٢ سنة أطول من مدة التقادم فى القانون الجديد وهى عشر سنوات. (١)

ويلاحظ أن بدء التقادم من وقت صدور القانون - فى هذا الفرض - ينفى كل شبهة قد تثور ، إذ ربما يقال أن القانون الجديد يحدد مدة التقادم بعشر سنوات مضى منها ثلاث سنوات فى ظل القانون القديم فيكفى أن يستمر التقادم سبع سنوات فى ظل القانون الجديد ، هذا الوهم رفضه المشرع رفضا قاطعا لأنه يشكل مفاجأة غير سارة وظالمة بالنسبة لمن يسرى التقادم ضده ، والذى كان قد أدخل فى تقديره أن اثنتى عشرة سنة لاتزال باقية فإذا بالقانون الجديد يجعلها سبع سنوات " بل وفى بعض الفروض قد لا تبقى أى فترة زمنيه فإذا فرض وكان قد مضى على بدء التقادم عشر سنوات وصدر القانون الجديد يحدد المدة بعشر سنوات - فلو سرنا مع الزعم المتقدم لتم التقادم لحظة صدور القانون الجديد ".(٢)

الفرض الثانى :

إذا كانت المدة الباقية لإكتمال مدة التقادم حسب القانون القديم أقصر من المدة التى يحددها القانون الجديد ، فى هذه الحالة لا يطبق القانون الجديد ، ويتم التقادم بإنقضاء المدة الباقية وفقا لقواعد القانون القديم " ومعنى هذا إحلال فكرة الأثر المستمر للقانون القديم

---

(١) انظر :د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٦٤ د. عبد الودود يحى - المرجع السابق ص١٦١ د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٢١١د. عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق ص١٩٢د. سمير تناغو- المرجع السابق ص ٧٠٨د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٥٣د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٨٥ .

(٢) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٤ وانظر د. محمدكامل مرسى - المرجع السابق ص ١٨٣، وانظر نقض مدنى فى ٣١ اكتوبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س٢٠ ص ١١٣٤ رقم ١٧٥ .

محل الأثر المباشر للقانون الجديد "(١) ففى المثال الذى عرضنا له فى الفرض الأول ، إذا استمر وضع اليد ١٢ سنة ، ثم صدر القانون الجديد الذى يقصر مدة التقادم من ١٥ سنة إلى عشر سنوات،فإن المدة الباقية لإكتمال التقادم وفقا للقانون القديم وهى ثلاث سنوات تكون أقصر من المدة التى قررها القانون الجديد ؟ ومن ثم يتم ويكتمل التقادم بعد مضى ثلاث سنوات وفقا لأحكام القانون القديم (٢) ويرجع عدم تطبيق القانون الجديد فى هذا الفرض إلى الرغبة فى عدم إطالة مدة التقادم لأن إطالتها تتعارض مع منطق القانون الجديد الذى قصرها (٣) وهذا هو مادعا المشرع المصرى إلى الأخذ بهذا الحل المزدوج لأنه ارتأى أن هذا الازدواج (الآخذ بالأثر المباشر للقانون الجديد فى بعض الحالات والأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم فى حالات أخرى) يؤدى إلى الاستقرار ويحقق العدالة أكثر من الأخذ بحل موحد فى جميع الحالات (٤) الذى قد يطيل مدة التقادم أكثر مما ينبغى فى حالات كثيرة تؤدى إلى ظلم من يسرى التقادم لصالحه ،أو يقصر مدة التقادم أكثر مما ينبغى بما يؤدى إلى ظلم من يسرى التقام ضده فى حالات أخرى.

---

(١) د. توفيق فرج – المصدر السابق ص ٣٦٤، وانظر د. عبد الودود يحي – المرجع السابق – الموضع السابق ،د. محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص ٢٤٦ ،د. عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٢١١ ،د. جميل الشرقاوى – المرجع السابق ص ١٨٨،د. حسن كيرة – المرجع السابق ص ٣٨٦

(٢) انظر م ٢/٨ من التقنين المدنى المصرى .

(٣) د. أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٣٤،د. توفيق فرج –السابق ص ٣٦٤ .

(٤) انظر د. عبد الودود يحي – المرجع السابق ص ١٦٢،د. حسن كيرة – الموجع السابق ص٣٨٦ ،د. محمود جمال الدين زكى –المرجع السابق – الموضع السابق، د. محمد كامل مرسى – شرح القانون المدنى الجديد المرجع السابق ص ١٨٣ .

٤٩- الحلول الواردة فى القوانين المتعلقة بأدلة الإثبات:

الأصل فى القوانين المتعلقة بأدلة الإثبات (١) أنها تسرى بأثر مباشر ، لأنها لا تمس آثار الوقائع والأعمال القانونية ، فتسرى قوانين الإثبات (٢) على جميع الوقائع سواء كانت سابقة على صدور هذه القوانين أم لاحقه عليها ؟ إلا أن المشرع الوضعى استثنى من ذلك القوانين الخاصة بالأدلة التى تعد مقدما (وغالبا ماتكون بالكتابة) حيث قرر فى هذا الصدد إعمال الأثر المستمر للقانون القديم ،أى استمرار العمل فى إثبات كل تصرف بالنصوص التى كان معمولا بها وقت إبرام هذا التصرف (٣) ، وفى ذلك تنص المادة التاسعة من القانون المدنى على أن " تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى اعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده " .

فهذا النص يعرض للدليل المعد أو الذى كان ينبغى إعداده مقدما وقت نشوء الواقعة أو التصرف الذى يراو إثباته بالدليل ، وقبل أن تنشأ أية خصومة قضائية (٤) وهذه الأدلة هى ماتسمى بالأدلة المهيأة (preuve préconstituée) أو المعدة مقدما ،أى " الدليل الذى يعده

---

(١) أدلة الإثبات هى الأدلة التى يقوم ذوو الشأن بإعدادها لإثبات حقوقهم د. توفيق فرج – المرجع السابق ص ٣٦٥ .

(٢) طرق الإثبات التى حددها القانون هى : الكتابة – الشهادة أى البينة – القرائن – الإقرار – اليمين – المعاينة ، ومحكمة الموضوع مقيدة بحجية مايثبت لها من الأدلة سالفة الذكر . نقض فى ١٩٥٥/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض س٦ ص ١١٥٩ ، ونقض فى ١٩٨٣/٤/١٢ الطعن رقم ٢١١٩ س٥٠ .

(٣) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٣٠٦ ،د. أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٣٧ .

(٤) انظر د. حسن كيرة – المرجع السابق ص ٣٨٦ ،د. عبد الودود يحي – المرجع السابق ص ١٦٢ .

الطرفان وقت التصرف لإثباته "(١)، وهذا الدليل عادة مايكون الكتابة ،سواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية (٢) ، وهذه الكتابة تعد لإثبات التصرفات القانونية كالبيع والإيجار ، والقرض ، كما أنها يمكن أن تعد لإثبات الوقائع المادية كواقعه الميلاد أو الوفاة .(٣)

والحل التشريعي الذى جاءت به المادة المذكورة : هو أن القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأدلة التى تعد مقدما أو التى كان يجب اعداها : هو القانون الذى كان مطبقا وقت إعداد الدليل أو فى الوقت الذى يجب فيه إعداده إن لم يكن قد أعد فعلا ، وهذا تطبيق صريح لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن " نشوء التصرف فى ظل قواعد الإثبات المنصوص عليها فى القانون المدنى قبل الغائها بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ تستتبع خضوعه من حيث إثباته للأحكام الواردة فى القانون المدنى دون قانون الإثبات ".(٤)

وإذا كان الدليل المطلوب لإثبات الوصية وقت إبرامها هى الكتابة العرفية ، كانت هذه الكتابة المطلوبة فقط حتى لو صدر

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق ص ١٩٨، وانظر

Roulier : le droit-transitoire 1960 , No , 54, pp. 239-242 .

(٢) الكتابة الرسمية : هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ماتم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه (م ١٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ المعدل بعد ٢٣ سنة ١٩٩٢ وانظر نقض مدنى فى ١٩٦١/٤/٣ طعن رقم ٣١ لسنة ٣١ ق أما الكتابة العرفية فهى الكتابة التى لم تكتسب صفة الرسمية ،أى يحررها الأفراد فيما بينهم متى وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم ، أو ببصمات أصابعهم (م١٤ من قانون الإثبات) .

(٣) د. عبد الودود يحي – المرجع السابق – الموضع السابق .

(٤) نقض مدنى فى ١٩٧٦/٦/٢٨ – مجموعة أحكام النقض س٢٧ ص ١٤٤٤ .

قانون جديد يستوجب إثبات الوصية بالكتابة الرسمية .(١)

وكذلك الشأن فيما كان يقرره التقنين المدنى من ضرورة إثبات التصرفات القانونية . التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (٢) ويكتفى بالإثبات بالشهادة فيما دون ذلك . ثم جاء قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وقرر فى المادة ٦٠ منه رفع حد الإثبات بالكتابة إلى عشرين جنيها ، ثم عدلت هذه المادة ذاتها بمقتضى القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ (٣) ورفع حد الإثبات بالكتابة إلى مائه جنيه (٤) والحل الذى أخذ به المشرع الوضعى المصرى يؤدى إلى القول بأن التصرف الذى أبرم فى ظل القانون المدنى وقبل صدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ لايجوز إثباته إلا بالكتابة مادامت قيمته تزيد على عشرة جنيهات حتى ولو كانت المطالبة أمام القضاء بالدين بعد صدور قانون الإثبات ، ، وكذلك التصرف

---

(١) د. نعمان خليل جمعة - المرجع السابق ص ٢٥٤ ،وأنظر د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٦٧،٣٦٦،د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٣١٦ ، د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٣٨٧،٣٨٦،د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٣٧،٣٣٦ ،د. محمود جمال الدين زكى -المرجع السابق ص ٢٤٧،٢٤٦ ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ ص ٢٢٦.

(٢) مادة : ٤٠٠ من التقنين المدنى الملغى .

(٣) منشور فى الجريدة الرسمية - العدد رقم ٢٢ مكرر الصادر فى أول يوليه سنة ١٩٩٢ .

(٤) تنص المادة ٦٠ من القانون ٢٥ سنة ١٩٦٨ المعدل بق ٢٣ سنة ١٩٩٢ على أنه " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف .."

القانونى(١) الذى أبرم قبل صدور القانون رقم ٢٣لسنة ١٩٩٢ وكانت قيمته ٢٥ خمسة وعشرون جنيها مصريا - مثلا - يظل واجب الإثبات بالكتابة رغم أن قانون الإثبات الأخير يجيز الآن إثبات مثل هذا التصرف بشهادة الشهود .

ولو افترضنا العكس ، وكان القانون الذى يجيز الإثبات بالشهادة فيما لا يجاوز مائة جنيه ، بينما جاء القانون الجديد ، وأوجب الإثبات بالكتابة فيما يجاوز عشرون جنيها ، فلاشك أن التصرف الذى عقد فى ظل القانون القديم وكانت قيمته ٨٠ ثمانون جنيها يظل جائز الإثبات بشهادة الشهود حتى بعد صدور القانون الجديد.(٢)

ويستبين مما سبق أن المشرع المصرى وهو بصدد وضع حلول للمشاكل المتعلقة بأدلة الإثبات قرر إستمرار تطبيق القانون القديم استثناء من قاعدة الأثر المباشر ،لأن دليل الإثبات - كما يرى بعض الفقه - وان كان ليس عنصرا من عناصر المركز القانونى للدائن إلا أنه يمكن القول أن هذا العنصر له قيمة معينة فيخضع للقانون الذى وقع فى ظله.(٣)

ولكن هذا التبرير منتقد فى رأينا لأنـه لايتفق ومنطق الأمور إذ كيف يمكن أن يكون دليل الإثبات ليس عنصرا من عناصر المركز القانونى للدائن وفى نفس الوقت نعطى له ذاتية عنصر المركز القانونى لمجرد أن لـه قيمة معينة فى الدعوى ، فنلوى بذلك عنق

---

(١) يجب أن يكون محل الإثبات (١) تصرفا قانونيا (٢) تصرفا مدنيا أى غير تجارى (٣) أن تكون قيمته أكثر من مائة جنيه حتى يمكن إثباته بالكتابة فقط وفقا لأحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذى عمل به إعتبارا من أول اكتوبر سنة ١٩٩٢ .

(٢) انظر فى ذلك : د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٧ ،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص١٦٣ ،د. عبد المنعم البدراوى - السابق ص ١٩٩ ،د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٢١٢ .

(٣) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٣٧، وقرب من ذلك دكتور. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٧٣ .

الحقيقيه حتى يخضع دليل الإثبات لقواعد القانون الذى تم التصرف فى ظله .

والذى يتفق وصحيح القول فى رأينا هو ماذهب إليه البعض الآخر من الفقه المصرى وهو أن " فى تطبيق القانون الجديد على الأدلة التى تعد مقدما إخلال بالحق الذى كسبه وفقا للقانون القديم من يتمسك بهذه الأدلة ، كما يتفق مع مبادئ النظرية الحديثة لأن الوضع القانونى الذى تولد عن التصرف قد تكون أو انقضى فى ظل القانون القديم فيظل محكوما به فى تكوينه أو انقضائه وفى إثبات ذلك التكوين أو هذا الانقضاء "(١) تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية ، وسواء بعد ذلك أن يكون القانون الجديد قد تطلب دليلا لم يكن يتطلبه القانون القديم ،أو أن يلغى دليلا كان يستوجبه القانون القديم .

أما القرائن القانونية فتشترك مع الأدلة المهيأة فى سبق إعدادها قبل أى خصومة ، ولا فرق بينهما إلا فى كون القرائن القانونية يتولى القانون أعداها بينما الأدلة المهيأة يقوم الأفراد بإعدادها (٢) وعلى ذلك فحيث ينشئ القانون قرينة لم تكن موجودة فإنها لا تسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها (٣) ، وكذلك حيث

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٤٧، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٦٦ وانظر فى ذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ ص ٢٢٦ .

(٢) انظر :د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٨ ،د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٦٨،د. عبد المنعم البدراوى - عقد البيع فى القانون المدنى ط ١٩٥٧ فقرة ٤٨ منصور مصطفى - العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار طبعة ١٩٥٧ ص٢٢ فقرة ١٦ .

(٣) انظر نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض س ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ حيث جاء فى هذا الحكم : أن المادة ٩١٧ من التقنين المدنى المصرى التى استحدثت قرينة قانونية على نية الإيصاء من تصرف الشخص إلى أحد ورثته مع احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، لا تسرى على التصرفات السابقة على نفاذ هذا التقنين وإلا كان=

يلغى القانون قرينة كان يفرضها من قبل ،فإن الوقائع أو الظروف السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها - وقت وقوعها من قرينة .

- سريانها رجعيا، وانظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٦٨/١٢/١٣ - المجموعة السابقة س١٩ رقم ٤٠ ص ٢٧١ ، وقارن فى هذا الصدد د/ سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٣١٦ .

المطلب الثانى
الحلول التشريعية والعملية الواردة
فى قانون المرافعات

٥٠- المبدأ العام فى قانون المرافعات : الأثر المباشر للقانون :

المبدأ العام الذى أخذ به المشرع المصرى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (١) بالنسبة لأحكام التنازع الزمانى هو الأثر المباشر ،أى أن قوانين المرافعات ليس لها أثر رجعى ، وفى ذلك تنص المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه " تسرى قوانين المرافعات على مالم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو مالم يكن قد اتخذ من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ، ويستثنى من ذلك :

١- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى .

٢- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق "

وتنص المادة الثانية على أنه " كل إجراء من أجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا مالم ينص على غير ذلك .

ولا يجرى مايستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها ".(٢)

---

١ القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م.

٢ وهذا النص لا يختلف عن نص قانون المرافعات الملغى .

ويستبين من نص المادتين السابقتين أن المشرع المصرى أخذ فى قوانين المرافعات بالمبادئ المقررة فى النظرية الحديثة ، فالمادة الأولى تقرر مبدأ الأثر المباشر للقانون ومايرد عليه من استثناءات بينما تبرز المادة الثانية مبدأ " عدم الرجعية ". وسنعرض فيما يلى لأحكام كل من المبدأين على التفصيل الآتى :

٥١- أولا : مبدأ الأثر المباشر لقانون المرافعات :

تشير إلى هذا الأثر المادة الأولى من قانون المرافعات حين قررت أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة فى ظل القانون القديم والتى لا تزال منظورة أمام القضاء (١) عند بدء العمل بالقانون الجديد ، فقوانين المرافعات تسرى من يوم نفاذها على كل الدعاوى المنظورة أمام القضاء والتى لم يتم الفصل فيها ،لأن المركز يكون هنا لازال فى دور التكوين فيخضع للقانون الجديد (٢) " إذ أن القوانين المنظمة لأصول التداعى والترافع والحكم وطرق الطعن والتنفيذ والتحفظ فى عمومها قوانين منظمة لمراكز قانونية خاضعة بطبيعتها للتعديل والتغيير من جانب المشرع دون أن يرمى عمله برجعية الأثر ".(٣)

ويترتب على ذلك أن القانون الجديد إذا كان قد جعل الدعوى من اختصاص محكمة أخرى غير المحكمة التى تنظرها فإن المحكمة الأخيرة تصبح غير مختصة ، ويجب إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة وفقا لأحكام القانون الجديد إعمالا للأثر الفورى للقانون، وإذا غير القانون الجديد من الإجراءات التى يجب اتباعها لنظر الدعوى فإن هذه الإجراءات الجديدة هى التى تطبق

١-د. حسن كيرة - المرجع السابق ص ٣٨٩ ، وانظر د. جمال زكى - المرجع السابق ص ٢٤٨ ،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٦٤ ،د. نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٢٥٥ ،د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٦٩ .

٢- د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٤٢ .

٣- المذكرة الإيضاحية للمادة الأولى من قانون المرافعات الملغى .

على مالم يتم من إجراءات قبل العمل بالقانون الجديد (١) أما ما فصل فيه من الدعاوى (٢) أو ماتم من إجراءات في ظل القانون القديم فلا يستطيع القانون الجديد المساس به (٣) ومن تطبيقات الأثر المباشر للقانون الجديد : ما نص عليه القانون الصادر بإلغاء المحاكم المختلطة على أن تحال إلى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التي تكون منظورة أمام المحاكم المختلطة عند حلول موعد الإلغاء وبالحالة التي تكون عليها، ونص قانون إصدار تقنين المرافعات الجديد على أن تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها مايوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا التقنين وذلك بالحالة التي تكون عليها. (٤)

٥٢- الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد :

سبق أن ذكرنا أن المبدأ هو تطبيق قانون المرافعات الجديد بأثر مباشر ،إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا قد استقرا على الخروج على هذا المبدأ في أحوال معينة تستوجب إعمال الأثر المستمر للقانون القديم ولم يتردد المشرع المصري في الأخذ بهذه الاستثناءات -

---

(١) انظر د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٧٠ ،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٦٥،د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٨٠ ، وانظر نقض مدني في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ - مجموعة أحكام النقض س١٠ رقم ١٢٥ ص ٨٢٦ .

(٢) انظر نقض مدني في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض س١٨ رقم ١٣٤ ص ١٥٥٢ .

(٣) انظر في ذلك تفصيلا د. أحمد أبو الوفا- التنازع الزمني لقوانين المرافعات - مجلة الحقوق س١٥ ع ١ ص ٣١-١١٠ ، ولنفس المؤلف المستحدث في قانون المرافعات الجديد ط ١٩٦٨ ص٣٢ ومابعدها .

(٤) د. حسن كيرة -المرجع السابق ص ٣٩٠ .

فى تلك الأحـوال - مـن مبدأ الأثر المباشـر لقوانيـن المرافعـات ، والتى سنعرض لها فيما يلى :

أ- **الاستثناء الأول :** يتعلق " بـالقوانين المعدلـة للاختصـاص متـى كان تاريخ العمل بها بعد إقفـال بـاب المرافعـة فـى الدعـوى "(١) فتظل المحكمة مختصـة بنظـر الدعـاوى التـى رفعت إليهـا وفقـا لأحكـام القـانون القديـم وتقـوم بـإصدار الحكم فيهـا رغـم صـدور قانون جديد يجعل الفصل فى هذه الدعاوى من اختصـاص محكمة أخـرى طالمـا كـان تـاريخ العمـل بهذا القـانون بعد إقفـــال بــاب المرافعة (٢) ، ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الأثـر المباشـر للقـانون الجديـد إلـى مـا تستوجبه المصلحـة العامـــة " ومصلحـة الخصـوم أنفسـهم مـن عدم إعـادة النظـر فـى نـزاع قد اســتكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه ".(٣)

ب- **الاستثناء الثانى : يتعلق بالقوانين المعدلة لمواعيد المرافعات :**

ومقتضى هذا الاستثناء :أن القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات لا تسرى على مابـدأ قبل نفاذهـــا (٤) ،فإذا بدأ ميعاد من مواعيد

---

(١) م١ /١مرافعـات وانظـر د. عبد الرزاق السنهورى وأحمد أبو سنيب المرجـع السابق ص ١٩٤ ،د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٧٠ ،د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٤٣ ، د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٦٤ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السـابق ص ٢٤٨ ، وانظـر د. أحمد ابـو الوفا - المقال السابق " التنازع الزمنى لقوانين المرافعات " ص ٨٦ ومابعدها .

(٣) د. حسن كيرة - المرجع السابق ص٣٩٠ ، وانظر نقض مدنى فـى ٢٤ ديسـمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض - س١٠ رقم ١٢٩ ص ٨٤٥ ، ونقض مدنـى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ - المجموعة السابقة س١٧ رقم ٩٦ ص٧٠١ .

(٤) م١/٢ مرافعات مع مراعاة أنه يخرج من نطاق هذا الاستثناء القوانين المسـتحدثة للمواعيد ، فهى لا تسرى إلا من تاريخ نفاذها وذلك منعا للرجعية (انظر فى ذلـك د. حسن كيرة - المرجع السابق هامش ١ ص ٣٩١) .

المرافعات مثل المواعيد المتعلقة بالمعارضة أو الاستئناف فى ظل قانون معين ، ثم صدر قانون جديد عدل من هذه المواعيد بإطالتها أو بتقصيرها مثلا ، فإن هذا القانون الجديد لا يسرى على الميعاد الذى بدأ فى ظل القانون القديم ، ويستمر هذا القانون القديم يحكم المواعيد إلى أن تنتهى مدتها (١) ، وذلك استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، وحكمة هذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد فى نهايته على نفس الأساس الذى قامت عليه بدايته ،مع اننا إذ أردنا تحليل هذا الاستثناء والغرض منه لوجدنا فى طياته مخالفة للقواعد الخاصة بالسريان الزمانى لقوانين التقادم - سواء كانت مطيلة أو مقصرة - والتى كان يجب إعمالها فى شأن القواعد المعدلة للمواعيد بوجه عام توحيدا للحلول القانونية بالنسبة للمشاكل المتماثلة (٢) ، إلا أن بعض الفقه يرى(٣) - بحق - أن هذه المخالفة تجد مايبررها من قصر مواعيد المرافعات بالنسبة إلى مدد التقادم .

جـ - الاستثناء الثالث : يتعلق بـ " القوانين المنظمة لطرق الطعن":

ومقتضى هذا الاستثناء أنه : لا تسرى القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذها (٤) فإذا صدر حكم فى ظل قانون يبيح الطعن فى هذا الحكم بطريق المعارضة أو بطريق الاستئناف - مثلا - ثم صدر قانون جديد فألغى هذين الطريقين من طرق الطعن بالنسبة لهذا النوع من الأحكام ، فإن

---

(١) انظر د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٧١ ،د. عبد الودود يحي - المرجع السابق ص ١٦٥ ،د. محمود جمال الدين زكى-المرجع السابق الموضع السابق ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٥٩/١٢/١٧ مجموعة أحكام النقض س١٠ ص ٨٢٦ .

(٢) انظر فى ذلك : Roubier : op . cit , t.11, No. 144,p.730

(٣) د. حسن كيرة - المرجع السابق هامش ٢ ص ٣٩١ ، مع ملاحظة أن قانون المرافعات الحالى عدل مواعيد الاستئناف والتماس إعادة النظر فصارت ٤٠ يوما بدلا من ٦٠ يوما .

(٤) م٣/١ مرافعات.

هذا الحكم يظل – رغم ذلك – قابلا للطعن فيه بهذين الطريقين (١) وشأن النقض فى ذلك شأن المعارضة والاستئناف ، وكذلك الشأن لو أن القانون القديم كان لا يجيز الطعن فى الحكم بالاستئناف – مثلا – فصدر قانون يجيزه فإن الحكم يظل غير قابل للاستئناف (٢)، استثناء من قاعدة الأثر المباشر للقانون ، على أساس أن المحاكم اعتبرت هذا النوع من القوانين (القوانين المتعلقة بطرق الطعن فى الأحكام ومواعيد الطعون المختلفة) تتصل بجوهر الحق ، وطبقت على هذه الأحكام – ومواعيد الطعون – القانون الذى صدرت هذه الأحكام فى عهده (٣) ، ومن ثم لا يسرى عليها القانون الجديد .

٥٣- ثانيا : عدم رجعية قانون المرافعات :

أوضحت المادة الثانية من قانون المرافعات أن كل إجراء تم صحيحا فى ظل القانون القديم يبقى صحيحا فى ظل القانون الجديد مالم ينص على غير ذلك (٤) ومعنى ذلك أن إجراءات المرافعات تخضع للقانون الذى تتم فى ظله حتى لو كان القانون الجديد قد تطلب شروطا أخرى لصحة هذه الإجراءات ورتب البطلان على

---

(١) د. توفيق فرج – المرجع السابق ص ٣٧٣ ،د. نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٢٥٥،د. سمير تناغو – المرجع السابق ص ٧١٩ ،د. محمود جمال الدين – المرجع السابق ص ٢٤٩ .

(٢) د. أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٤٣،د. سليمان مرقص – المرجع السابق ص ٢٨١،د. عبد الودود يحي– المرجع السابق ص ١٦٥ .

(٣) انظر فى ذلك : نقض مدنى فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س١٥ رقم ٢٣٧ ص ١٦٧٣، نقض مدنى فى ١٩٦٠/٣/٢٤ – المجموعة السابقة س١١ رقم ٤٥ ص٢٥١ ، ونقض جنائى فى ١٩٦٣/١٢/٩ – مجموعة أحكام النقض الجنائى س١٤ رقم ١٦١ ص ٨٨٧ ، وانظر فى هذا المعنى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ هامش ص ٢٢١ .

(٤) م ٢/١ مرافعات .

مخالفتها (١)، ذلك أن القول بتطبيق القانون الجديد على مثل هذه الإجراءات معناه انسحاب أثر القانون الجديد إلى الماضى ، وهذا مالايجوز كقاعدة عامة لإنعدام أثره الرجعى (٢) وتطبيقا لذلك أوجبت المادة ٤٦٢ من قانون المرافعات الحالى :أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذى إلى ورثة المدين ، ولم تكتف بإعلانه إلى المدين وحده كما كان القانون القديم يقضى بذلك (٣) ، ومثل ذلك أيضا ما إذا كان القانون المعمول به عند سماع الشهود يجيز شهادة الأقارب وتم سماعها فعلا ، ثم صدر قانون جديد يمنع مثل هذه الشهادة ، وكما لو سمعت الشهادة دون يمين ، ثم صدر قانون جديد يوجب اليمين ، وما إذا كان القانون يستلزم يمينا تؤدى على نحو معين بصيغة معينة ، ثم صدر قانون جديد وغير من هذه الصيغة ، فى كل تلك الفروض وأمثالها ، العبرة بتمام الإجراء صحيحا طبقا للقانون الذى كان قائما وقت القيام بهذا الإجراء (٤) ، ومثل ذلك أيضا أن قانون المرافعات القديم كان لايستلزم أن تشتمل صحيفة المعارضة على أسبابها ثم صدر القانون الجديد (٥) ، ونص على ضرورة اشتمال هذه الصحيفة على أسبابها وإلا كانت باطلة ، وعلى ذلك لو فرض أن كانت صحيفة المعارضة قد أعلنت فى ظل القانون القديم وهى خالية من أسبابها ،فإنها تكون صحيحة حتى ولو نظرت

---

(١) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرجع السابق ص ٦٤، ٦٦

(٢) د. عبد الودود يحي – المرجع السابق ص ١٦٦ ،د. أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٤٣ ،د. حسن كيرة – المرجع السابق ص ٣٨٩،د. محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص ٢٤٧ .

(٣)أنظر فى ذلك د. سليمان مرقس ، السابق ص ٢٨٠ هامش ٢٢٣ وانظر : نقض مدنى فى ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ – مجموعة أحكام النقض س١٤ رقم ٢٦ ص ٨٠، نقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٥٩ – المجموعة السابقة س١٠ رقم ١٢٤ ص ٧٥٦ .

(٤) انظر فى ذلك د. توفيق فرج – المرجع السابق ص ٣٧٥ .

(٥) القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل بق٢٣ لسنة ١٩٩٢م بعد .

المعارضة بعد نفاذ القانون الجديد (١) والقول بغير ذلك يعني أن للقانون الجديد أثر رجعي وهو مالايجوز كقاعدة عامة .

وقد أوردت المادة ٢/٢ مرافعات تطبيقا خاصا لعدم الرجعية فنصت على أنه " لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها " ومعنى " استحداث ميعاد للسقوط هو النص عليه لأول مرة (٢) ومن ثم فإن مايستحدث من المواعيد لايبدأ حسابه من الواقعة التى يجعلها القانون الجديد بداية له وإنما يبدأ من تاريخ نفاذ القانون الجديد ، مثال ذلك ما كان ينص عليه قانون المرافعات الملغى (٣) فى المادة ٤٩ من أنه فى حالة شطب الدعوى لعدم حضور طرفى الخصومة ،أو حضور المدعى عليه وحده ولم يبد أى طلبات ، ولم يطلب المدعى السير فى الدعوى خلال ستة شهور : اعتبرت كأن لم تكن ، ومن ثم فإذا تم شطب الدعوى فى ظل القانون القديم ولم يطلب المدعى السير فيها ، فإن مدة الستة شهور لا تحسب ابتداء من تاريخ شطب الدعوى ولكن إبتداء من تاريخ العمل بالقانون الجديد .(٤)

أما معنى السقوط فى هذا المقام : فيقصد به " السقوط بالمعنى الأعم الذى يشمل الجزاءات التى يرتبها القانون ويكون من شأنها زوال أثر الإجراء ، فهو يشمل إبطال الإجراء واعتباره كأن لم يكن وسقوطه وغير ذلك مما يقتضى زوال أثر الإجراء ".(٥)

---

(١) انظر د. أحمد سلامة - المرجع السابق - الموضع السابق .

(٢) د. أحمد سلامة - المرجع السابق ص٢٤٤ وانظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٢٨٠ ، ٢٨١ .

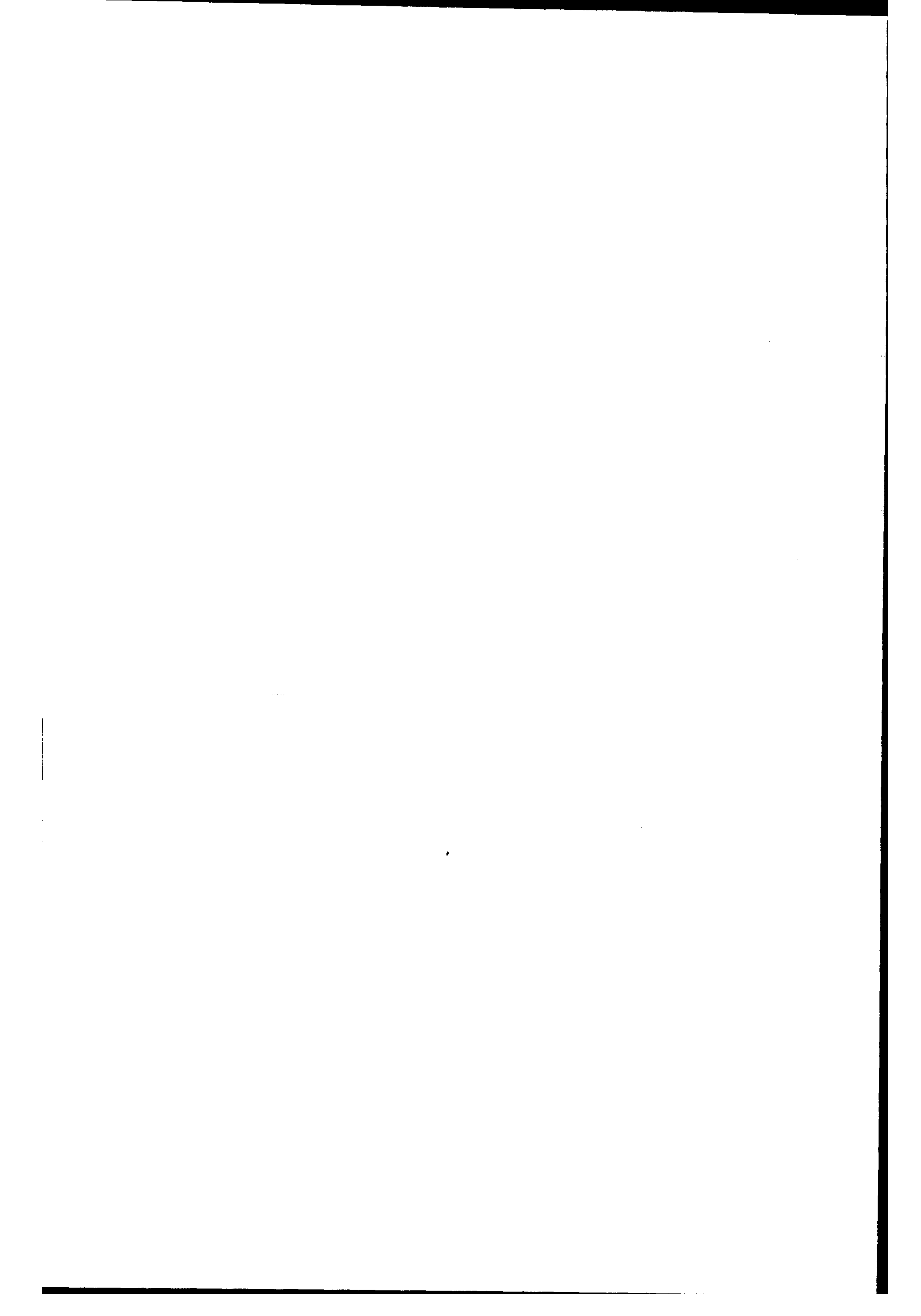
(٣) قانون ١٩٤٩ م

(٤) د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٧٥، ٣٧٦ ، وانظر فى ذلك تفصيلا د. أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص المرافعات ج١ ص ٢٢ ط ١٩٦٩ .

(٥) د. رمزى سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثامنة ١٩٦٨/١٩٦٩ ص١١ .

ونخلص من ذلك أن المشرع المصرى أخذ فى قوانين المرافعات بالمبادئ المقررة فى النظرية الحديثة ، فلقوانين المرافعات أثر مباشر كقاعدة عامة وليس لها أثر رجعى وذلك على التفصيل السابق بيانه .

الفصل الرابع
موقف الفقه الإسلامى من مبدأ
عدم رجعية القوانين



الفصل الرابع

موقف الفقه الإسلامى من مبدأ

عدم رجعية القوانين

٥٣م- بيان وإيضاح :

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية هى الشريعة الخالدة الصالحة لكل زمان ومكان ، إلا أنه لا يوجد فى الفقه الإسلامى نظرية عامة لتطبيق " مبدأ عدم رجعية القوانين " ومن هنا ثار التساؤل : هل تتسع الشريعة الإسلامية لمعالجة هذا المبدأ وبيان حدوده وضوابطه أم لا ؟

فى البداية نقرر أن المسألة المبحوث عنها لم يكن لها وجود فى العصور السابقة على النحو الذى ظهرت فيه اليوم ، ومن ثم فقد توارى مطمعنا أن نجد إجابة على هذا التساؤل عند علمائنا القدامى رحمهم الله ، لأن هذه المسألة بمسماها المعاصر لم تطرح على بساط البحث عندهم حتى تحتوى مصنفاتهم بيان أحكامها ، إذ أن مبدأ " عدم رجعية القوانين " أو " التنازع الزمانى بين القوانين " مبدأ أفرزته أنشطة الحياة المعاصرة وتطور الفكر القانونى .

ولما كان هذا المبدأ أصبح ذو أهمية بالغه فى العصر الحاضر ، كان لزاما علينا - وعلى كل علماء الفقه الإسلامى - أن نحاول دراسة أحكامه وبحثه بحثا مستفيضا لإبراز موقف الشريعة الإسلامية وبيان أحكامها فيه حتى تبقى الشريعة الإسلامية مسيطرة على أفعال المكلفين ، وتستمر رسالتها بما تشمل الزمان والمكان .

والواقع أن بحث هذا الموضوع فى الفقه الإسلامى يجد له مصدرا فى الأحكام الفقهية المتفرعة فى كتب الفقهاء ، فى مختلف المذاهب ، كما يجد له مصدرا فى كتب التفسير المختلفة التى أفصحت عن عدم وجود فارق جوهرى بين قواعد الشريعة الإسلامية وأحكام القانون الوضعى فى هذا الصدد على النحو الذى سنبينه تفصيلا فيما بعد مع الأخذ فى الاعتبار أن منهج الفقه الإسلامى يختلف عن منهج القانون الوضعى فى معالجة المبدأ على النحو الذى سنراه فيما بعد .

المبحث الأول

القواعد التى تحكم مبدأ عدم رجعية التشريع

فى الفقه الإسلامى .

٥٤- المبدأ العام : عدم رجعية التشريع الإسلامى :

القاعدة العامة أن النصوص الشرعية لا تحكم إلا الوقائع التى حدثت فى ظلها (١) تطبيقا لعدة قواعد أصولية تحكم هذا المبدأ أهمها :

أ- قاعدة " الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد" .

ب- " " نفى الحرج " .

جـ- " " الأصل فى الأشياء الإباحة "

د- " " لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص " .

وهذه القواعد أصلت المبدأ وبينت مبررات تطبيقه ، ومن ثم فإننا سنعالج مبدأ عدم رجعية التشريع " من خلال هذه القواعد على النحو التالى .

٥٥-أولا : عدم رجعية التشريع وقاعدة " الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " :

والأصل فى هذه القاعدة إجماع الصحابة رضى الله عنهم(٢) ، وأن أبا بكر - رضى الله عنه حكم فى مسائل خالفه فيها عمرولم ينقض حكمه ، كما أن عمر - رضى الله عنه حكم فى

---

(١) انظر د. مختار القاضى - أصول القانون ط ١٩٦٧ ص ١٨٩ .

(٢) انظر : الاشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى الشافعى ط ١٣٨٧هـ - ١٩٥٩م ص ١٠١ ، والأشباه والنظائر لإبن نجيم - الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣ م ص١١٥ .

المشركة بعدم المشاركة ، ثم قضى بعد ذلك بالمشاركة وقال :" ذلك على ماقضينا وهذا على ماقضينا " وهذا يدل على أن التشريع ليس له أثر رجعى حيث أن الاجتهاد الثانى لم ينقض الإجتهاد الأول ، وعلة ذلك أن الاجتهاد الثانى ليس بأقوى من الأول ، ولوقلنا بغير ذلك لأدى هذا إلى عدم استقرار الأحكام " وفى ذلك مشقة شديدة ، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض وهلم جرا".(١)

ومعنى أن "الإجتهاد لاينقض بالاجتهاد " أى فى الماضى.(٢) ، ولكن يغير الحكم فى المستقبل لانتفاء الترجيح الآن ، ولهذا يعمل بالاجتهاد الثانى فى القبلة ولا ينقض مامضى."(٣) والمعنى العام للقاعدة : أن المجتهد إذا غير رأيه عن ماكان قد أفتى به أو حكم بمقتضاه قبل فإن الحكم الأول يبقى على ماكان حتى تستقر المعاملات " فيفتى ويقضى فيما جد بما جد عنده "(٤) إذ الإجتهاد لا يمنع من اجتهاد لاحق ، واجتهاد المجتهد لا يمنع اجتهاد غيره لأن المجتهد بنى حكمه على الظن ، وأساس حكمه الأمارات التى ضبطها الشارع للاهتداء بها ، وهذا يختلف بإختلاف عقول الباحثين، إلا أن المجتهد نفسه يجب عليه العمل بما وصل إليه من حكم مادام لم يتغير رأيه فيه لأنه هو حكم الشرع حسب ظنه (٥) ، ويكون حكمه حجة ملزمة لمن يستفتيه (٦) فإذا كان المجتهد حاكما

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى - السابق - الموضع السابق .

(٢) وهذا ماذكره العلماء وهم بصدد تحرير معنى القاعدة .

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطى - السابق ص١٠٣ ، وانظر الأحكام للأمدى ج٤ ص ٢٧٣ ط صبيح ، والتبصرة لإبن فرحون ج١ ص ٥٥،٥٦ ط بولاق ١٣٠١هـ.

(٤) د.محمد سلام مدكور - المدخل للفقه الإسلامى ط دار الكتاب الحديث - الكويت ص ٢٨٢ .

(٥) انظر : الأحكام فى أصول الأحكام للأمدى ج٤ ص ٢٧٤ ط محمد على صبيح

(٦) أما لو كان المجتهد يجتهد لنفسه فى أمر يخصه هو فغلب على ظنه حكم فيه وعمل بمقتضاه ثم بدا له أن الصواب غير ذلك لزمه أن ينقض ما بناه على الاجتهاد الأول ، ويأخذ فى هذا الأمر نفسه بالرأى الجديد إذ قد تبين له فساد رأيه الأول - انظر فيما سبق :د/ سلام مدكور - السابق - ص ٣٠٤ -٣٠٥ .

وحكم بمقتضى اجتهاده واهتدى إلى رأى آخر ، فإنه لا يجوز نقض حكمه السابق بإتفاق (١) الفقهاء مادام لم يخالف دليلا قاطعا أو نصا أو قاعدة أو قياسا جليا ، وذلك لمصلحة الحكم نفسه (٢) ، إذ لو نقض الاجتهاد بالاجتهاد لما أستقرت الأحكام والمعاملات ، وهذا هو المعنى الدقيق لعدم رجعية التشريع والأساس الذى يستند إليه المبدأ.

٥٦- ثانيا: عدم رجعية التشريع وقاعدة : نفى الحرج :

هناك قاعدة أصولية شهيرة هى قاعدة " نفى الحرج "(٣) ومدلولها أن المشرع الإسلامى راعى التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم، فجاءت تكاليف الإسلام فى حدود الاستطاعة البشرية (٤)، وبما يقدرون عليه فى يسر وسهولة ، يقول جل شأنه **﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ﴾**(٥) ، ويقول عز وجل **﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾**(٦) ، ويقول **﴿ مايريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج ولكن يريد ليطهركم ﴾**(٧) ويقول تبارك وتعالى **﴿ يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا ﴾** (٨) ويقول**﴿ وما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾** .(٩)

---

(١) الأحكام للأمدى ج٤ ص ٢٧٣ - والمستصفى من علم الأصول للإمام الغزالى ط - المطبعة الأميرية ج٢ ص ٣٨٢ .

(٢) د/ سلام مدكور - المرجع السابق ص ٣٠٦ .

(٣) الحرج هو : المشقه والضيق ، والجهد والعناء .

(٤) د/ سلام مدكور - المرجع السابق ص ١٢ .

(٥) سورة البقرة - آيه ٢٨٦ .

(٦) سورة البقرة - آيه ١٨٥ .

(٧) سورة المائدة - آيه ٦ .

(٨) سورة النساء - آيه ٢٨ .

(٩) سورة الحج - آيه ٧٨ .

وقد انتقلت هذه المعانى القرآنيه السامية إلى نفس الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يقول فى حديثه الشريف " ولكننى بعثت بالحنيفية " (١) السمحه "(٢) ويقول فى وصيته لمعاذ بن جبل وأبى موسى الأشعرى حين بعثهما إلى اليمن " يسرا ولا تعسرا وبشرا ولاتنفرا ".(٣)

ومظهر رفع الحرج أن أصول التشريع الموحى بها ليس فيها شيئ مما تضيق به صدور الناس ويشق عليهم أداؤه مشقة زائدة تضيق بها الصدور وتستنفذ الجهد والطاقة (٤)، ولاشك أن رجعية التشريع فيها من الضيق والجهد والمشقة مالايخفى على أحد ، إذ ليس من التيسير فى شئ أن يحاسب الناس بمقتضى تشريع حال يحرم فعلا كان مباحا وقت اقترافه ، بل إن مسايرة مصالح الناس هى من دعائم التشريع الإسلامى ، ومن ثم فقد عمد هذا التشريع إلى أن تساير أحكامه مصالح الناس(٥) ولا شك أن مصلحة الناس تستوجب عدم رجعية التشريع حتى لا يؤاخذوا عن أفعال كانت مباحة وقت إتيانها ، ويعتبروا جاهلين بالحكم الجديد وقت لإتيانها والجهل سبب من الأسباب المقتضيه للتيسير. (٦)

---

(١) الحنيفية : أى الشريعة التى فيها إقامة شعائر الله عز وجل ، وإبطال ماعداها ، والسمحة : أى التى ليس فيها مشاق ، بل فيها لكل عذر رخصة (انظر د/ سلام مدكور - السابق هامش ٦ ص١٢) .

(٢) مسند الإمام أحمد ج٥ ص ٢٦٦ ط المكتب الإسلامى - بيروت .

(٣) البخارى - كتاب المغازى ،ج٣ ص ٧٢ ط الحلبى .

(٤) انظر : الفروق للقرافى ج١ ص١١٨ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ .

(٥) انظر : زكى الدين شعبان - أصول الفقه الإسلامى الطبعة الثالثة - دار التأليف ص ٢٤٧ ومابعدها .

(٦) الشيخ / عبدالوهاب خلاف - علم أصول الفقه - الطبعة الثانية - ط دار القلم ص ٢٠٩ ، ويرى فضيلته أنه من أجل الجهل المقتضى للتخفيف عن المكلف " ساغ رد المعيب لمن اشتراه جاهلا بعيبه ، وساغ فسخ الزواج بالعيب لمن تزوج جاهلا به ... " ويقاس على ذلك عدم رجعية التشريع حتى لا يؤاخذ الناس بما كانوا جاهلين بأحكامه وقت إثباته .

٥٧- ثالثا:عدم رجعية التشريع : وقاعدتى " لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"و" الأصل فى الأشياء الإباحة ":

من القواعد الأساسية فى التشريع الإسلامى أنه " لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص " وتعنى هذه القاعدة أن أفعال المكلف المسئول (١) " لا يمكن وصفها بأنها محرمة مادام لم يرد نص

---

(١) المكلف : هو الشخص البالغ العاقل الرشيد الذى بلغته الدعوة الإسلامية بالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله ، ومن هؤلاء الرسل سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم والتصديق بكل ما جاء به وأخبر عنه من وجود اليوم الأخر بما فيه من حساب وجنة ونار وما يستوجب ذلك من ضرورة التزام المكلف بأحكام الشريعة الإسلامية .

ويشترط فى المكلف : الذى تصدر أوامر الشارع ونواهيه فى مواجهته :

أ- أن يكون أهلا لتلقى خطاب الشارع الحكيم ، بأن يكون بالغا عاقلا رشيدا .

ب- وأن يكون لديه القدرة على فهم دليل التكليف .

ويشترط فى الفعل المكلف به :

أ- أن يكون الفعل فى مقدور المكلف وفى استطاعته ،إذ لا تكليف بمستحيل .

ب- أن يكون الفعل معلوما للمكلف علما نافيا للجهالة ومميزا تميزا دقيقا عن غيره من الأفعال .

جـ- أن يعلم المكلف أنه مأمور بالفعل من قبل الشارع الحكيم .

ونود أن نشير إلى أن من مقتضيات علم المكلف بالفعل علما تاما يحمله على الامتثال : العلم بالأحكام التكليفية ، وهذه الأحكام لا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على الكافة ، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لايمكن أن يأتمر به أو ينتهى عنه وتطبيق هذا الشرط يستلزم عدم المؤاخذة على فعل لم ينص على النهى عنه ونشره على الناس (انظر فيما سبق : المستصفى للغزالى ج١ ص ٨٦، وإرشاد الفحول للشوكانى - الطبعة الأولى ص٩ د/ محمد سلام مدكور - المرجع السابق ص ١١٦،١١٧،د/ أبو السعود عبد العزيز - أصول الأحكام الإسلامية ط ١٩٩٣ ص ٣٩٢- ٣٩٧ .

بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها "(١) سواء أكان هذا النص من قبل الشارع الحكيم ، أم من قبل الحاكم الذى مكنته الشريعة الإسلامية ذاتها - بشروط خاصة - من اتخاذ كل مايراه مقوما للنظام مصلحا للمجتمع .(٢)

كما أن هناك قاعدة أصولية أخرى تقضى بأن " الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم "(٣) فلا يحرم إلا ما ورد نص بتحريمه ، يدل على ذلك قوله تعالى **﴿ هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا ﴾**(٤) ، وقوله عز وجل : **﴿ قل لا أجد فيما أوحي إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به ﴾**(٥) وقوله **﴿ قل إنما حرم ربى الفواحش ماظهر منها وما بطن ﴾**(٦) وقوله تبارك وتعالى **﴿ قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق ﴾**(٧) ووجه الاستدلال من هذه الآيات جميعها :

---

(١) الشيخ/ عبد القادر عودة التشريع الجنائى الإسلامى ج١ ص ١١٥ طبعة ١٩٨٥م.

(٢) د. محمد سلام مدكور - المرجع السابق ص٥٤ .

(٣) يأخذ بهذه القاعدة : الشافعيه وبعض الحنفية ،أما أبو حنيفة فيرى أن " الأصل فيها (القاعدة) التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة .. ويعضد الأول قوله صلى الله عليه وسلم (ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئا) أخرجه البزار والطبرانى من حديث أبى الدرداء بسند حسن ..."
(انظر الأشباه والنظائر للسيوطى - السابق ص٦٠ ، وانظر فى هذا المعنى تفصيلا المستصفى للغزالى ج١ ص ٦٣ ومابعدها ، والاشباه والنظائر لإبن نجيم ص١٦ ونيل الأوطار للشوكانى ج٨ ص ١١١،١٠٦ ط مطابع المختار الأسلامى.

(٤) سورة البقرة آيه : ٢٩ .

(٥) سورة الأنعام : آيه ١٤٥ .

(٦) سورة الأعراف : آيه ١٣٣ .

(٧) سورة الأعراف : آيه ٣٢ .

أنها تبين أن الله سبحانه وتعالى امتن علينا بخلق مافى الأرض ، وأبلغ درجات المن الإباحة كما جعل الأصل الإباحة والتحريم مستثنى ، وذكر الله سبحانه وتعالى فى الآية الثالثة ماحرم بطريق الحصر فدل ذلك على إباحة ماسواه ، وبين الله عز وجل فى الآية الرابعة ، أن الحرمة إذا انتفت بالكلية ثبتت الإباحة (١) فقاعدة " لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص " وقاعدة " الأصل فى الأعيان والأشياء الإباحة حتى يرد الدليل على التحريم" يؤديان معنى واحدا هو " أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة بلا نص صريح يحرم الفعل أو الترك ،فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولاعقاب على فاعل أو تارك ،... وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضى بأنه (لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف أهلا لما كلف به ، ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله ... والعلم التام الذى يحمل المكلف على الامتثال يقتضى :

(أ) العلم بالأحكام التكليفية ، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على الكافة ، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لا يمكن أن يأتمر بأمر أو ينتهى عنه ، وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعنى أنه لاجريمة بلانص ينشر على الناس

(ب) أن يكون فى الحكم مايحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان ، وهذا يقتضى علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة، وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضى النص على العقوبة ...(٢) .

---

(١) انظر فيما سبق : إرشاد الفحول الى تحقيق الحق فى علم الأصول للشوكانى – ص ٢٨٦ وما بعدها ، ط البابى الحلبى .

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى للشيخ/ عبد القادر عودة ج١ ص ١١٧،١١٦ ط ١٩٨٥ بيد أننا لا نسلم بما قرره العلامة الجليل د/ عبد القادر عودة من أن النص على الجريمة يقتضى النص على العقوبة ،لأن التجريم للشئ قد يكون بالنهى عنه ثم يكون بعد ذلك تقرير العقوبة كما هو الشأن فى تشريع–

ويستبين مما سبق أن القواعد الأصولية السابقة - وغيرها تقرر بجلاء عدم رجعية التشريع ، بمعنى أن النصوص الشرعية لاتحكم إلا الوقائع التى حدثت فى ظلها باستثناء بعض الأعمال والتصرفات التى يكون لها أثر رجعى على سبيل الاستثناء ، والتى سنبينها تفصيلا فيما بعد :

٥٨- أساس عدم رجعية التشريع فى الفقه الإسلامى :

تستند القواعد الأصولية السابقة التى تقضى بعدم رجعية التشريع - كقاعدة عامة - إلى نصوص صريحة فى القرآن الكريم نجتزئ منها قول الله عز وجل :**﴿ ولو أنا أهلكناهم بعذاب من قبله لقالوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولا فنتبع أياتك من قبل أن نذل ونخزى﴾**.(١)

وقوله تعالى **﴿ وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون ﴾**(٢) وقوله عز وجل **﴿ وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا ﴾**(٣) وقوله جل شأنه **﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾** (٤) .

-تحريم الخمر على مراحل ثم تقرير العقوبة بعد ذلك ، وهناك جرائم لم يتقرر لها سوى عقوبة دنيوية تعزيريه كأكل أموال الناس بالباطل بأى طريق غير السرقه وكظلم اليتامى فى أموالهم ، والغش والخداع فى المبادلات والغصب ولم تقررعقوبة فى شئ من ذلك إلا السرقة ، فقد قرر لها الشارع الحكيم قطع اليد بعد تحريمها ، ومن ثم فهى جريمة حرمها المشرع قبل تقرير العقوبة عليها .

(١) سورة طه : آيه ١٣٤ .

(٢) سورة الشعراء : آيه ٢٠٨ .

(٣) سورة القصص : آيه ٥٩ .

(٤) سورة الإسراء : آيه ١٥ .

وقوله تبارك وتعالى ﴿ **رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزا حكيما** ﴾(١) .

وقوله تبارك وتعالى ﴿ **لايكلف الله نفسا إلا وسعها** ﴾(٢) وقوله تعالى ﴿ لأنذركم به ومن بلغ﴾(٣) وبعيدا عن أوجه التفاسير لهذه الآيات - لخروج ذلك عن نطاق بحثنا - فإنها تؤدى معنى واحدا هو : ماكان لله عز وجل أن يكلف بشرا بشيئ ألا بقدر طاقته ويستطيع القيام به وما كان له - عز وجل - أن يعذب أحدا على فعل شيئ قبل أن يبعث إليه رسولا من لدنه يهدى إلى الحق ويبين عقاب من لم يمتثل لأمر الله عز وجل ويزعن له ، ولم ينزل الله عز وجل هلاكه بأمة إلا بعد أن يرسل إليها رسلا ينذرونها إلزاما للحجة عليها (٤) ، وذلك حتى لايؤخذ الناس بعقاب إلا بعد بيان الفعل المحرم وإنذارهم بالنهى عنه على يد رسول من قبل الله عز وجل، ولا تستند عدم رجعية التشريع إلى قواعد العقل والمنطق فقط، بل ولا إلى نصوص الشريعة العامة التى تأمر بالعدل

---

(١) سورة النساء : آيه ١٦٥ .

(٢) سورة البقرة : آيه ٢٨٦ .

(٣) سورة الأنعام : آيه ١٩ وهى قوله تتمة عز وجل ﴿ **قل أى شيئ أكبر شهادة قل الله شهيد بينى وبينكم وأوحى إلى هذا القرآن لأنذركم به ومن بلغ** ﴾.

(٤) انظر فيما سبق : تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج١ ص ٥٨٨،٣٤٢ ط ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م وروح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى للعلامة أبى الفضل شهاب الدين السيد محمد الألوسى البغدادى ج٣ ص ٦٩ ومابعدها ط بيروت، والمنتخب فى تفسير القرآن الكريم الصادر من المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ج٣ ، ص٦٨، ١٤٠، ٥٨٤ ط ١٣٨٢هـ ، والجامع لأحكام القرآن - للقرطبى - ط الشعب ص ٤٨٥٧ عدد ٥٣ ، صفوة التفاسير للشيخ / محمد على الصابونى ط دار الرشيد ج٨ ص ٢٥٢ ،ج١٠ ص ٣٩٦،ج١١ ص ٤٤٠،ج٧ ص١٥٤ ،ج٢ ص ٣٢٠،ج١ ص١٨١،ج٣ ص ٣٨٣ وذلك على الترتيب التى ذكرت بها الآيات فى المتن .

والإحسان ومراعاة مصالح العباد وتحرم الجور والظلم(١)، وإنما تستند إلى نصوص صريحة فى القرآن الكريم على النحو الذى أسلفناه .

٥٩- التطور التاريخى لقاعدة : عدم رجعية التشريع فى الفقه الإسلامى:

قاعدة " عدم رجعية التشريع " فى الفقه الإسلامى ترتبط فى نشوئها بظهور الإسلام نفسه ، فهذه القاعدة وجدت فى الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرنا ، حيث وردت بها نصوص القرآن الكريم على النحو الذى بيناه فى حينه ، ولم يؤثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته من بعده أن طبق نصا شرعيا بأثر رجعى - إلا استثناء ولظروف خاصة على ماسنبينه قريبا - من أجل هذا فإن الفقهاء قد انعقد إجماعهم رغم إختلاف مذاهبهم على أن للشريعة الإسلامية حكما فى كل فعل يصدر عن الإنسان ، وهذه الأحكام - وخاصة الأحكام العملية - بعضها بينتها نصوص القرآن والسنة لحوادث وخصومات اقتضت بيان أحكامها حين وقوعها ، وبعضها لم تبينه تلك النصوص ، وإنما أقيمت عليها دلائل لتظهر أحكامها وتبينها حين الحاجة فيهتدى بها العلماء والمجتهدون (٢) ويعرفوا حكم كل ما يستجد من وقائع وينشروها على الناس ليعملوا بها .

وبهذا يمكننا معرفة اتجاه المشرع الإسلامى من بادئ الأمر إلى عدم الأخذ برجعية التشريع ، حيث لا يعلم على وجه اليقين أن عقوبة شرعت وطبقت بأثر رجعى .(٣)

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى - السابق للشيخ/ عبد القادر عودة ص ١١٧ .

(٢) د. محمد سلام مدكور - المرجع السابق ص ٥٧ ، وانظر د. عبد القادر عودة - المرجع السابق ص ١١٨ .

(٣) د. مختار القاضى - المرجع السابق ص ١٨٩ .

٥٩ م- مبررات مبدأ " عدم رجعية التشريع " فى الفقه الإسلامى :

يقوم مبدأ " عدم الرجعية " على عدة اعتبارات أهمها :

أ- حماية حريات الأفراد :

فلهذا المبدأ فائدته العملية فى حماية حريات الأفراد من تحكم ولى الأمر ، إذ بمقتضاه يكون التشريع - سواء كان مصدره القرآن الكريم ، أو السنة النبوية الشريفة أو الإجماع أو القياس أو حتى الأدلة المختلفة فيها (١) - هو الحد الفاصل بين ماهو مباح وما هو ممنوع (٢) فلا يفاجأ شخص بحكم أو عقوبة على فعل لم يكن سبقه تشريع يبيح اتيانه أو يوجب تركه .

ب- تحقيق العدالة :

فمن دعائم التشريع الإسلامى تحقيق العدالة بين الناس ، وليس من العدل فى شيئ أن يسن تشريع يحرم فعلا ماكان مباحا فى الماضى ويطبق على ما اقترف وقت أن كان مباحا ، وفى هذا المعنى يقول الله عز وجل **﴿ ولايجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾**(٣) وقوله تعالى **﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾**(٤) ومن ثم لا يستساغ عقلا أن يعاقب الأفراد على أفعال كانت مباحة وقت إرتكابها وإلا أصبحت حياة المسلمين

---

(١) الأدلة المختلفة فيها : أهمها : الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، ومذهب الصحابى - واستصحاب الحال - وسد الذرائع - وشرع من قبلنا - الأصل (الدلالة المستمرة) - الاستقراء .

(٢) انظر فى ذلك :د/ خالد عبد الحميد فراج - شرعية الجرائم والعقوبات فى الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالقانون الوضعى المصرى - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة على الآلة الضاربة عام ١٩٨٠ ص ٣١٧ .

(٣) سورة المائدة : آيه ٨ .

(٤) سورة النساء : آيه ٥٨ .

غير مستقرة وانتشر الفزع والخوف بينهم بدلا من الأمن والاستقرار .

جـ- المصالح الإنسانية المعتبرة :

يراد بالمصلحة فى لسان الشريعة الإسلامية جلب المنفعة ودفع المضرة فى حدود المحافظة على مقاصد الشريعة (١) وخاصة فى دائرة المعاملات ، فعدم رجعية التشريع فيه مصلحة قصوى للناس حتى لا تضطرب معاملاتهم ويسود القلق بينهم ، إذ أن رجعية التشريع تؤدى إلى تعطيل مصالح الفرد والجماعة ويقوض النظام العام فى الجماعة إذ ليس من مصلحة الأمة أن يسأل أفرادها عن أفعال كانت جائزة قبل صدور التشريع المانع لها ، وإلا كان ذلك شرا للأمة وليس خيرا لها مع أن الخير مطلوب فى الإسلام والخير هو المصلحة وسواء بعد ذلك كانت المصلحة ضرورية (٢) أم مصلحة حاجية (٣) ،أم مصلحة تحسينيه(٤) فكل هذه المصالح تستوجب عدم رجعية التشريع .

---

(١) انظر : المستصفى الغزالى - السابق ج١ ص ٢٨٦ ،د/ محمد سلام مدكور المرجع السابق ص ٢٥٤ .

(٢) المصلحة الضرورية : هى المصلحة التى لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج ومجموع هذه الضروريات خمسة حفظ الدين والنفس والمال والنسل والعقل (انظر فى ذلك تفضيلا الشيخ عبد الوهاب - خلاف - علم أصول الفقه ص١٩٩ .

(٣) المصلحة الحاجية : هى المصلحة التى لا ترقى فى أهميتها إلى حد الضرورة كإباحة الصيد ، والتمتع بالطيبات ، وكالقرض والسلم .. الخ (انظر فى ذلك د/ محمد سلام مدكور - المصدر السابق ص ٢٥٦ .

(٤) المصلحة التحسينية : وهى ترجع إلى قسم مكارم الأخلاق التى هى دعامة الحياة الصالحة ، ومنها الطهارة ، والزينه وتجنب الإسراف والاقتار .

(انظر الشيخ عبد الوهاب خلاف - المصدر السابق ص ٢٠٠)

د- المنطق يقضى بعدم رجعية التشريع :

يقوم مبدأ عدم رجعية التشريع فى الفقه الإسلامى على أساس من المنطق ، والمنطق يقضى بأن يكون هناك أمر بفعل شئ أو بالنهى عنه (أى وجود حكم شرعى) موجه إلى شخص مكلف ،فإذا ما وجد الحكم الشرعى (ايجاب- أوندب أو تحريم أوكراهة أو إباحة) لزم أن يتعلق هذا الحكم بأفعال المكلفين من البشر ، فإذا أمتثلوا لقواعد الحكم الشرعى أثيبوا وإلا عوقبوا ،أى أن المنطق يقضى بأنه لا تكليف لمكلف بمعدوم ، فإذا وجد الحكم ثبت التكليف من وقت علم المكلف به وانطباق شروطه عليه .

٦٠- الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى مبدأ عدم رجعية التشريع :

يتفق الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى تقرير مبدأ عدم رجعية التشريع ،أى إنعدام الأثر الرجعى للتشريع ولا ينسحب الحكم الشرعى أو القانون الجديد على الماضى ، وإنما يحكم أى منهما الوقائع والتصرفات التى تحدث فى المستقبل منذ صيرورة الحكم الشرعى أو القانونى نافذا إلى أن ينسخ أو يلغى صراحة أو ضمنا لفظا وحكما ،أو لفظا فقط أو حكما فقط :

بيد أن الفقه الإسلامى كان أسبق تاريخيا فى تقرير المبدأ وبيان نطاقه بدقه عن القانون الوضعى ، وبيان ذلك أن مبدأ انعدام الأثر الرجعى فى الشريعة الإسلامية تقرربوضوح من خلال القرآن الكريم (١) ،أى منذ أربعة عشر عاما ، بينما لم يتقرر هذا المبدأ بوضوح إلا فى أعقاب الثورة الفرنسية ونص عليه إعلان حقوق الإنسان عام ١٧٨٩ ، ثم انتقلت هذه القاعدة من الدساتير الفرنسية المتعاقبة إلى معظم التشريعات الوضيعة فى العالم .

---

(١) انظر الآيات الدالة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات - بند ٦٣-٧٠ من هذا المبحث ص ١٥٨-١٦٤.

وإذا كان البعض (١) يرى أن قاعدة عدم رجعية التشريع في القانون الوضعي ترجع إلى القانون الروماني في عهده الجمهوري تأسيسا على وجود القاعده الشهيرة" لاجريمة ولا عقوبة بدون نص " إلا أن هذا الاتجاه – في رأينا – محل نظر ،إذ أن دراسة القانون الجنائي الروماني تثبت في الواقع أن قاعدة الشرعية بمحتوياتها المتعارف عليها غريبه عنه ، وفكرة " القانون الجنائي – الروماني – المؤسسة على مجرد القاعدة الكتابية والتي تتضمن سلطات القاضي الجنائي كانت في حدود ضيقه ولفترات قصيرة لم تظهر فيها قاعدة الشرعية بمقوماتها المتعارف عليها ".(٢)

وهكذا كانت قاعدة الشرعية مشوهة – عند من يرى أنها كانت موجودة – في القانون الروماني ، وظلت كذلك إلى أن أرست الثورة الفرنسية دعائمها في أواخر القرن الثامن عشر ، بينما كانت هذه القاعدة زاهية واضحة دقيقة ذات معالم محددة منذ بدء الإسلام وهذه مفخرة للإسلام يزهوبها على جميع النظم الدستورية والقانونية المعاصرة ؟

---

(١) انظر : مذكرات الاستاذ جان بيرهولير الاستاذ بجامعة بوردو بفرنسا في مذكراته بعنوان " أزمة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات" على الالة الضاربة لطلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق – جامعة القاهرة سنة ١٩٦٧ .

(٢) انظر د. خالد عبد الحميد فراج – المصدر السابق ص ٩٥ .

المبحث الثانى
نطاق مبدأ عدم الرجعية فى الشريعة الإسلامية

٦١- تمهيد :

سبق أن ذكرنا أن القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية " عدم رجعية التشريع " فالحكم الشرعى لا يسرى إلا بعد وجوده وعلم الناس به ، ومن ثم لا تسرى الأحكام الشرعية على وقائع سبقت صدورها ، كما سبق أن ذكرنا أنه لا توجد نظرية عامة للأثر الرجعى للنصوص الشرعية فى كتب الفقه الإسلامى ،إلا أن الأحكام الفقهيه المتفرعة فى كتب الفقهاء ، وكتب التفسير المختلفة واستقراء آيات وأحاديث الأحكام فى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة تبين بوضوح أن الشريعة الإسلامية تعرف الأثر الرجعى فى نطاق المعاملات المدنية والجنائية على سبيل الاستثناء ولحكمة خاصة فى كل حالة من حالات الأثر الرجعى وهو ماسنبينه تفصيلا فى هذا المبحث .

المطلب الأول
مبدأ عدم رجعية القانون الجنائى
والاستثناءات الواردة عليه

الفرع الأول
مبدأ عدم رجعية القانون الجنائى

٦٢- القاعدة العامة؛عدم سريان نصوص القانون الجنائى على الماضى:

القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لا تسرى على الماضى ، ذلك أن أفعال الشخص المكلف لاتوصف بالحرمة مادام لم يـــرد نص بتحريمها وعلم الناس بهذا التحريم ، ولاحرج

على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى يرد النص بتحريمها ، كما أن الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة ، وهذه القاعدة تنتهى بطريق اللزوم العقلى إلى عدم سريان التشريع الجنائى على الماضى كقاعدة عامة وهو نفس ما أخذ به القانون الوضعى فى هذا الشأن تماما (١) لأن ذلك ينطوى على توقيع العقاب على أشياء كانت مباحة ، وكان الإنسان فى حل من إتيانها قبل تحريمها .

٦٣- أهم الأمثلة على مبدأ عدم رجعية التشريع الجنائى:

من الصعب أن نستعرض كل الجرائم التى وردت بشأنها أحكام الشريعة الإسلامية - فى مصادرها المختلفة - مبينة انعدام الأثر الرجعى للعقوبة فى التشريع الجنائى ، وسنستعرض أهم العقوبات التى وردت فى الشريعة الإسلامية دون أن يكون لها أثر رجعى ينسحب على الماضى .

وهو نفس ما أخذ به القانون الوضعى فى هذا الشأن تماما (٢) لأن ذلك ينطوى على توقيع العقاب على أشياء كانت مباحة وكان الإنسان فى حل من إتيانها قبل تحريمها ،أما فى المسائل غير الجنائية فليس هناك مايمنع من سريانها على الماضى ، وفيما يلى بعض الأمثلة التى توضح عدم رجعية القانون الجنائى فى الشريعة الإسلامية .

٦٤- المثال الأول : تحريم نكاح زوجة الأب :

يقول الله عز وجل ﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلاماقد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا** ﴾(٣) فقد حرم الله

---

(١) انظر بند ٢٢ ص ٦٧،٦٨من هذا البحث .

(٢) انظر بند : ١٢ من هذا البحث ص ٣٥-٣٩.

(٣) سورة النساء آيه ٢٢ .

بمقتضى هذه الآية نكاح زوجة الأب بعد أن كان مباحا ومعمولا به في الجاهلية (١) " فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهين : أحدهما جنائي والثاني مدني ، فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقدا من العقود ، وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية نكاح زوجة الأب جريمة ولكنها لم تجعل للنص أثرا رجعيا ، فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التى وقعت بعد نزوله "(٢) بدليل قوله تعالى بعد ذلك **﴿ إلا ماقد سلف﴾** بينما كان لهذا النص أثر رجعى من الناحية المدنية ، حيث ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة ، ومن ثم كان للنص أثرا رجعيا من الناحية المدنية ينسحب إلى وقت انعقاد العقد (٣) بينما لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية ، بدليل عدم معاقبة الأزواج الذين فسخت زيجاتهم لكونها بين الشخص وزوجة أبيه .

٦٥- المثال الثانى / عقوبة الزنا :

كان الحكم فى إبتداء الإسلام أن المرأة إذا ثبت زناها بالبينه العادلة حبست فى بيت فلاتمكن من الخروج منه إلى أن تموت(٤) وفى هذا يقول الله عز وجل **﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيما﴾**.(٥)

---

(١) انظر تفسير القرآن العظيم للحافظ بن كثير ج١ ص ٤٦٨ .

(٢) الأستاذ / عبد القادر عودة - المرجع السابق ص ٢٦٣ .

(٣) عبد القادر عودة - المصدر السابق - الموضع السابق .

(٤) انظر تفسير الطبرى ج٤ ص ١٩٨ ط بيروت ، وتفسير بن كثير ج١ ص ٤٦٢ وانظر التفسير الكبير للفخر الرازى ج٩ ص ٢٣٥ الطبعة الأولى - المطبعة الخيريه ١٣٠٧هـ .

(٥) سورة النساء الآيتان ١٥،١٦ .

أى واللذان يفعلان الفاحشة فآذوهما ، قال ابن عباس رضى الله عنهما وسعيد بن جبير وغيرهما أى بالشتم والتعيير والضرب بالنعال (١) ، وظل الحكم كذلك حتى نسخه الله بالجلد للزانى المحصن والرجم لغير المحصن (٢) وفقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم فى عقوبة الزانى المحصن فيما رواه عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " خذوا عنى خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلدمائة ونفى سنة والثيب بالثيب جلد مائه والرجم ".(٣)

وفى عقوبة الزانى غير المحصن قول الله عز وجل ﴿ **الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾(٣) ونص الحديث السابق ولو كان تشديد العقوبة على الوجه التى وردت به فى القرآن الكريم والسنة النبوية أثر رجعى لطبقت هذه العقوبة المشددة (الرجم والجلد) على الزنا الذى وقع قبل تقرير هاتين العقوبتين ، ولكن لم يثبت شرعا أن أحدا رجم أو جلد على زنا وقع قبل تشريع هاتين العقوبتين ، ومن ثم لم يكن لعقوبة الزنا أثر رجعى .

---

(١) تفسير بن كثير جـ١ ص ٤٦٢ وانظر تفسير الصابونى جـ٢ ص ٢٦٦ .

(٢) انظر فى عقوبة الزنا : المغنى لإبن قدامة ج١٠ ص١٢٠ ط بيروت - فتح القدير للكمال بن الهمام جـ٤ ص ١٣٨ ط المطبعة الأميرية القاهرة ، وبدائع الصنائع للكاسانى ج٩ ص ٤١٥١ وما بعدها المطبعة الجمالية - القاهرة ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٢ ص ٤٦٦ ومابعدها ط ١٩٨٢ .

(٣) رواه الجماعة إلا البخارى والنسائى - نيل الأوطار جـ٧ ص ٨٧ ط ١٢٩٧هـ ووفقا لهذا الحديث كان الحد بالحلد والتغريب للبكر ، والجلد والرجم فى حق الثيب، ثم نسخ ذلك بالنسبة للثيب بفعل النبى صلى الله عليه وسلم ، فقد اقتصر على الرجم لماعز والجهينيه وللمرأه فى قصة العسيف (انظر فى تفصيل ذلك المغنى لإبن قدامة السابق ج١٠ ص ١٢٤،١٢٥ ، وبداية المجتهد - ج٢ ص ٤٦٨، ٤٧٠ .

٦٦- المثال الثالث : عقوبة السرقة :

قضت الشريعة الإسلامية بقطع يد السارق حيث يقول الله تعالى **﴿ والسارق والسارقة فاقطعو أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾**(١)، ولم يعلم أن هذا النص طبق على جريمة سرقة حدثت قبل نزوله ومن ثم لم يكن لعقوبة السرقة أثر رجعي .

٦٧- المثال الرابع:عقوبة قتل الصيد فىحال الإحرام :-

حرم الله عز وجل قتل الصيد فى حال الإحرام ونهى عن تعاطيه فيه ، وقرر على المحرم الذى يقتل صيدا عقوبة تسرى من وقت نزول النص فقط ، وماحدث من قتل المحرم للصيد قبل ورود النص لاعقوبة عليه ، وفى ذلك يقول الله عز وجل**﴿ يأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة ، أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره ، عفا الله عما سلف، ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذوا وانتقام ﴾**(٢) ومن ثم لم تكن لعقوبة قتل الصيد حال الإحرام أثررجعى .

٦٨- المثال الخامس : عقوبة الربا :

كان الربا مباحا فى الجاهليه (ربا النسيئة) ثم جاء الإسلام فحرم الربا بنوعيه (ربا النسيئة وربا الفضل) وفي ذلك يقول الله عز وجل **﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾** .(٣)

---

(١) سورة المائدة - آية ٣٠ .

(٢) سورة المائدة - آية رقم ٩٥ .

(٣) سورة البقرة - آية رقم ٢٧٥ .

ويقول عز وجل ﴿ **يأيها الذين آمنوا اتقو الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون** ﴾(١) وبمقتضى هاتين الأيتين ، وغيرهما من النصوص وأقوال الفقهاء (٢) أصبح الربا جريمة محرمة يعاقب مرتكبها من وقت نزول النص بالتحريم ، فالعقاب يقتصر على من يرتكب تلك الجريمة بعد نزول النص المحرم ، أما الحكم الشرعى الذى يقضى بأنه ليس للدائن غير رأس ماله فقط فهو حكم مدنى ينسحب على الماضى ومن ثم كان النهى عن الربا ذا أثر رجعى من الناحية المدنية يعود إلى الوقت الذى انعقد فيه العقد الربوى .

٦٩- المثال السادس : عقوبة شرب الخمر ولعب الميسر:

حرم الله عز وجل شرب الخمر ولعب الميسر بقوله تعالى : ﴿ **يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه** ﴾(٣) وعاقب رسول الله صلى الله عليه وسلم شارب الخمر بالجلد فقد روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه قال " آتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بشارب خمر فجلد بجريدتين نحو أربعين ، قال وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس ، فقال عبد الرحمن : أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر "(٤) . كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل عقوبة

---

(١) سورة البقرة – الآيتان ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

(٢) انظر فى أدلة تحريم الربا فى الفقه الإسلامى كتب المذاهب المختلفة وأهمها: بدائع الصنائع ج٥ ص ١٨٣ الطبعة الأولى ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص٤٧ ، مغنى المحتاج ج٢ ص ٢١ ط الحلبى ، نهاية المحتاج ج٣ ص ٣٩ ط المطبعة البهية المصرية – المغنى لإبن قدامة ج٤ ص١ طبعة بيروت .

(٣) سورة المائدة – آية ٩٠

(٤) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه – نيل الأوطار للشوكانى ج٧ ص ١٣٨ ط المختار الإسلامى .

الميسر (١) : التعزير (٢) ، بيد أنه لم يثبت أن أحدا عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم " ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التى حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعى ".(٣)

٧٠- المثال السابع : نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم :

حرم الله عز وجل نكاح الأمهات والبنات والأخوات - وغيرهن من المحارم نسبا أو مصاهرة أو رضاعا ، وقد عدد النص القرآنى المحارم التى يحرم نكاحهن فقال ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وجلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاختين إلاماقد سلف** ﴾ .(٤)

فقد بين الله فى هذه الآية المحرمات من النساء على الرجال (٥)، وترتب على هذا التحريم " التفرقه بين الزوجين فى

---

(١) الميسر: القمار أو- الضرب بالقداح على الأموال والثمار ، وقال القاسم بن محمد : كل ماألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو من الميسر ، ومنه النرد ، والشطرنج (انظر فى تفصيل ذلك : تفسير ابن كثير ج٢ ص٩١-٩٢ والمغنى ج١٠ السابق ص٣٤٧، وما بعدها ، وبداية المجتهد ج٢ ص ٤٧٧، ٤٧٨ .

(٢) انظر الأحكام السلطانية للماوردى ص١٩٧ - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ- ١٩٨٣ م .

(٣) الاستاذ / عبد القادر عودة - المصدر السابق ص ٢٦٤ .

(٤) سورة النساء - آيه رقم ٢٣ .

(٥) انظر فى المحرمات من النساء أو الانكحة المحرمة : فتح القدير ج٢ ص ٣٥٧-٣٩٠ ، والبدائع جـ٢ ص ٢٥٦-٢٧٢ ، بداية المجتهد السابق ج٢ -

الزيجات المحرمة فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ولكن لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التى تمت قبل نزول النص لقوله تعالى فى آخر الآية ﴿ **إلا ما قد سلف** ﴾(١) وهكذا الشأن فى تحريم القرآن الكريم الزواج بأكثر من أربع نسوة ، فقد كان العرب يتزوجون بأكثر من ذلك ، فنزل قول الله تعالى ﴿ **فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أوماملكت أيمانكم** ﴾(٢) وترتب على نزول الآيه التفريق بين الزوج ومازاد على الأربع ، ولم يعاقب أى زوج كان يجمع بين أكثر من أربع نسوة قبل نزول النص المحرم لذلك فلم يكن له أى أثر من الناحية الجنائية .

وخلاصة القول : أن القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعى ، ولا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها وهذا المبدأ يتسق مع القواعد الشرعية الأصولية التى تقضى بأن " الأصل فى الأشياء والأعيان الإباحة " وأنه " لا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على الأمتثال " وأنه لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص " والآيات القرآنيه الكثيرة التى ترسى دعائم هذا المبدأ العادل . (٣)

= ص ٣٧، ٥٩ والقوانين الفقهيه لابن جزى ص ١٣٧-١٤٠ ط بيروت مغنى المحتاج ج٣ ص ١٧٤-١٩٠ والمهذب للشيرازى ج٢ ص ٤٢ ط الحلبى ، والمغنى لابن قدامة ج٧ ص ٤٧٠-٤٨٢ وكشاف القناع ج٥ ص ٧٤-٩٧ طبعة مطبعة الحكومة بمكه .

(١) عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى - السابق - ص ٢٦٣ .

(٢) سورة النساء آيه رقم ٣ .

(٣) انظر فى بيان شرح هذه الآيات القرآنية وهذه القواعد الأصولية بند ٥٤-٥٨ ص ١٤٣-١٥٠من هذا البحث .

الفرع الثانى

الاستثناءات الواردة على عدم رجعية القانون الجنائى

٧١- تمهيد :

إذا كنا قد بينا فى الفرع السابق انعدام الأثر الرجعى للعقوبات الجنائية ،إلا أن ذلك لا يعنى إنعدام هذا الأثر على إطلاقه إذ يبدو من استقراء آيات وأحاديث الأحكام ومطالعة كتب الأقدمين من الفقهاء مطالعة دقيقه ، أن التشريع الجنائى قد يكون له أثر رجعى – على سبيل الاستثناء – فى حالتين هما : حالة الجرائم التى تتعلق بالنظام العام والآداب ، وحالة ماإذا كانت مصلحة الجانى (المتهم) تستوجب انسحاب أثر التشريع على الماضى ، والفرق بين هذين الاستثنائين كما يرى الأستاذ / عبد القادر عودة " أن الأول جوازى للشارع ، فله أن يجعل للتشريع أثر رجعيا بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة ، والثانى وجوبى فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ".(١)

وسنعالج هذين الاستثنائين فى هذا الفرع كل فى بند مستقل .

٧٢- الاستثناء الأول : سريان القانون الجنائى على الماضى إذا كان متعلقا بالنظام العام والآداب العامة :

القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أنه لارجعية فى التشريع الجنائى ، إلا أنه استثناء من هذه القاعدة أجازت الشريعة الإسلامية أن يكون للتشريع الجنائى أثرا رجعيا إذا كان هذا التشريع يعالج أمرا متعلقا بالنظام العام أوالآداب العامة ، كما هو الشأن فى تطبيق عقوبة جرائم القذف ، والحرابة ، والظهار (٢) ، حيث طبقت عقوبة هذه الجرائم على وقائع سابقة على نزول النص وذلك على

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى – السابق – ص ٢٦٢ .

(٢) انظر الاستاذ / عبد القادر عودة – المصدر السابق ص ٢٦٦ .

التفصيل الآتى :

أ- فى عقوبة حد القذف(١) :

تقوم جريمة القذف إذا رمى إنسان آخر بالزنا أو نفى نسبه عن أبيه، بشروط مخصوصه وقيام الجريمة - بشروطها المعروفة فى كتب الفقه الإسلامى - يستوجب إقامة الحد على القاذف وهو جلد الحر والحرة ثمانين جلدة ، ويجلد العبد والأمة أربعين جلدة عند الجمهور (٢) وقال الظاهرية (٣) ثمانين ، وتسقط شهادة القاذف إذا حد اتفاقا ، ولا تسقط قبل أن يحد خلافا للشافعى ، وإن تاب قبلت شهادته خلافا لأبى حنيفة (٤) وتحريم القذف على هذا النحو بإجماع الأمة ، والأصل فى تحريمة الكتاب والسنة ،أما الكتاب فقوله تعالى **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ﴾(٥).**

وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم " اجتنبوا السبع الموبقات قيل وماهن يارسول الله ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم

---

(١) القذف فى اللغه : الرمى بالشئ ، ومنه قوله تعالى مخاطبا أم موسى (أن أقذفية فى التابوت) (سورة طه - أيه ٣٩) وفى اصطلاح الفقهاء : الرمى بزنا أو بنفى نسب بعد استكمال شروط معينة فى القاذف والمقذوف ، وقد حرمه الله عز وجل حماية لأعراض الناس وحفظا لسمعتهم وصيانة لكرامتهم (انظر فى ذلك : بدائع الصنائع ج٩ ص ٤١٦٣ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٤٧٤ ومابعدها - القوانين الفقهية لإبن جزى ص ٢٣٤ ط بيروت ، المغنى لإبن قدامة ج١٠ ص٢٠١ ومابعدها .

(٢) المبسوط للسرخسى جـ٩ ص١٠٦ ، وبداية المجتهد ج٢ ص ٤٧٥ والمهذب ج٢ ص ٢٧٣ والمغنى والشرح الكبير ج١٠ ص٢٠١ .

(٣) المحلى لابن حزم ج١١ ص ٢٧١، ٢٧٢ مسألة ٢٢٢٧ ط بيروت .

(٤) انظر فتح القدير السابق ج٤ ص١٩٤ ومابعدها .

(٥) سورة النور - أيه ٤ .

والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات .(١)

وقد أجمعت الأمة على تحريمه .

وكان حادث الإفك المشهور فى التاريخ الإسلامى مصدر تساؤل علماء الفقه والتفسير؟ هلى نزلت عقوبة القذف قبل حادث الإفك أم بعده ؟ وفى هذا الحادث يقول الله عز وجل ﴿ **إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شرا لكم بل هو خيرلكم لكل امرئ منهم ماااكتسب من الإثم والذى تولى كبره منهم له عذاب عظيم** ﴾ .(٢)

فيرى البعض أن حد القذف نزل قبل حادث الإفك ، فلما وقع هذا الحادث وبرأ الله السيدة عائشة منه طبق النص على القاذفين ، وعوقبوا بالعقوبة التى يقررها بدليل قوله تعالى ﴿ **إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا ..**﴾(٣) أى " مؤلم لهم فى الدنيا بإقامة الحد .."(٤) وأن النبى صلى الله عليه وسلم أقام هذا الحد على الذين قذفوا السيدة عائشة رضى الله عنها .(٥)

وبناء على هذا الرأى لا تكون لعقوبة القذف أثر رجعى لأن النبى صلى الله عليه وسلم طبق نصا توافرت شروطه على واقعة حدثت

---

(١) أخرجة البخارى ومسلم والبيهقى ، سنن البيهقى ج٨ ص ٣٤٩ ط دار الفكر .

(٢) سورة زالنور - آيه ١١ ، وقد نزلت فى هذا الحادث عشر آيات فى شأن السيدة عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها حين رماها أهل الإفك والبهتان من المنافقين بماقالوه من الكذب البحت والفريه التى غار الله لها عز وجل ولنبيه صلوات الله وسلامه عليه فأنزل الله تعالى براء تهاصيانه لعرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ، انظر تفسير بن كثير ج٣ ص ٢٦٨ .

(٣) سورة النور - آيه رقم ١٩ .

(٤) صفوة التفاسير للصابونى ج١٠ ص ٣٣٠ .

(٥) انظر تفسير الطبرى ج١٧ ص ٥٣١ ، وتفسير الألوسى ج١٨ ص ٧٩ .

حدثت بعد نزوله ،أى لم يكن تطبيق النص بأثر رجعي .

ويرى البعض الآخر(١) أن النص الذى يقرر عقوبة القذف إنما نزل بعد حادثة الإفك وبمناسبته وطبقه النبى صلى الله عليه وسلم على القذفة ، وبناء على هذا الرأى يكون للنص أثر رجعي ،لأن الثابت يتبين أن النبى صلى الله عليه وسلم حد القذفة ، فيكون قد طبق النص على وقائع حدثت قبل نزوله .

ويستبين مما سبق أنه لم يتضح على وجه اليقين ما إذا كان هذا الحد قد شرع قبل حادث الإفك أم بعده ،إلا أنه ينهض مبررا معقولا للأثر الرجعي للنص ، أهمية الحادث والآثار التى ترتبت عليه ، إذ أن قذف إحدى إمهات المؤمنين (السيدة عائشة رضى الله عنها) والخوض فى عرضها ، وإيذاء النبى صلى الله عليه وسلم بهذا الحديث المفترى (٢) يؤدى إلى اضطراب المجتمع الإسلامى ، وكاد يوقع الفتنه بين المسلمين ، ولأهميتة أنزل الله فيه قرآنا (عشر آيات) لأنه يمس أمن الجماعة ونظامها " وهو أحق مايجعل للنصوص فيه أثر رجعي ،لأن العقوبة فى مثل هذه الحالات تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ماخلفته الجريمة من آثار ".(٣)

ب- فى عقوبة الحرابة :

والخلاف السابق قائم بالنسبة لآية الحرابة ، وفى شأنها يقول الله عز وجل : ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى**

---

(١) انظر : تفسير الشهاب على البيضاوى ج٦ ص١٩٩ وتفسير الألوسى ج١٨ ص٧٩ وتفسير القرطبى ج١٢ ص٢٠٣ ط الشعب .

(٢) انظر قصة الإفك تفصيلا فى تفسير بن كثير ج٣ ص ٢٦٨- ٢٧٣ وغيره من كتب التفاسير المختلفة ، وليس هذا مجال سرد القصة لخروجها عن نطاق البحث .

(٣) الشيخ / عبد القادر عودة - المصدر السابق ص ٢٦٧ .

الآخرة عذاب عظيم ﴾(١) . فقد قيل أنها نزلت فى العرنيين ، وهم قوم من عرينة قدموا المدينة فاجتوروها فبعثهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى إبل الصدقه وأمرهم أن يشربوا من أبوالها وألبانها ففعلوا ، فصحوا ، فارتدوا عن الإسلام ، وقتلوا الراعى وساقوا الإبل ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى آثارهم فجيئ بهم فقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وسمر أعينهم وألقاهم فى الحرة، فنزلت الآية (٢) وقيل أنها نزلت عتابا للنبى صلى الله عليه وسلم لأنه قطع أيدى العرنيين وتركها دون حسم ، وسمل أعينهم كما سملوا أعين الراعى ، فنزلت الآية تحريما للمثلة ، وهو التفسير الذى يراه ابن جرير الطبرى (٣) ، معقولا وقيل أنها نزلت فى قوم من أهل الكتاب بينهم وبين النبى صلى الله عليه وسلم عهد وميثاق، فنقضوا العهد وأفسدوا فى الأرض فخير الله رسوله إن شاء قتلهم ، وإن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف .(٤)

وترتيبا على ماتقدم : فإن الآية إذا قلنا أنها نزلت فى العرنيين أوقلنا بأنها نزلت فى قوم من أهل الكتاب تكون قد قررت حكما له أثر رجعى لأن " الآية تكون قد نزلت بعقوبة لفعل سابق عليها ، ومن ثم يكون لها أثر رجعى ، والجمهور يرجح الراوية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العرنيين ، وعلى هذا يكون الرأى الراجح أن الآية لها أثر رجعي " .(٥)

وإذا أخذنا بالرأى القائل بأن الآيه نزلت عتابا للنبى صلى الله عليه وسلم لقطعه أيدى العرنيين وتركها دون حسم : فإن النص لا

---

(١) سورة المائدة – أية رقم ٣٣ .

(٢) تفسير بن كثير ج٢ ص ٤٨ .

(٣) تفسير الطبرى ج٦ ص١١٩ وانظر تفسير ابن كثير – الموضع السابق – والقرطبى ج٦ ص ١٤٨ .

(٤) انظر فى هذا المعنى تفسير بن كثير – المرجع السابق ص ٤٨ .

(٥) عودة – السابق ص ٢٦٨ .

لايكون له أثر رجعى إذ أن فعل النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن تطبيقا لنص جديد بأثر رجعى على فعل ماض ،لأن هناك من النصوص القرآنيه ماكان يسمح للنبى صلى الله عليه وسلم بتلك العقوبة (١) مثل قوله تعالى **﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾**(٢) وقوله تعالى **﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم ﴾** .(٣)

ورغم وضوح منطق هذا الرأى إلا أننا نميل إلى مارتآه بعض الفقه المعاصر "أن المصلحة العامة هى التى اقتضت أن يكون للنص أثر رجعى فقد كان حادث العرنيين فظيعا يوشك لولم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعه أن يجرئ الناس على المسلمين ...وأن يشجع على قطع الطريق وزعزعة الأمن والنظام ، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة ، وكان العقاب الرادع يقتضى أن يجعل للنص أثر رجعى ، فجعل له هذا الأثر حفظا للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها ، كما جعل لنص القذف أثر رجعى لتقطع الألسنة وتهدأ الفتنه ...(٤)

ج- وفى عقوبة الظهار :

الظهار : مشتق من الظهر ، يقال ظاهر من امرأته إذا حرمها على نفسه بقوله : أنت على كظهر أمى ، فتحرم عليه كحرمة أمه ، وكان هذا الأمر منتشرا فى الجاهلية وفى صدر الإسلام (٥)، وقد

---

(١) د. مختار القاضى – أصول القانون – السابق ص ١٩٠ .

(٢) سورة الشورى – آيه رقم ٤٠ .

(٣) سورة البقرة – آيه رقم ١٩٤ .

(٤) الشيخ / عبد القادر عودة – المصدر السابق ص ٢٦٨ .

(٥) انظر فى معنى الظهار عند الفقهاء تفصيلا : البدائع ج٣ ص ٣٣٣ ـ وفتح القدير ج٣ ص٢٥٥ ، والشرح الصغير ج٢ ص ٦٣٤، والقوانين الفقهية لإبن جزى ص١٦٠ ، ومغنى المحتاج ج٣ ص٣٥٢ ومابعدها ، وكشاف القناع . ج٥ ص ٤٢٥ .

روى أن " خولة بنت ثعلبة " أمـرأة " أوس بـن الصـامت " أراد زوجها مواقعتها يوما فأبت ، فغضب وظاهر منها ، فـأتت رسـول الله صلى الله عليه وسلم وقالت : يارسول الله :إن أوساظاهر منـى بعد أن كبرت سنى ، ورق عظمى ، وإن لى منه صبيـة صغـارا إن ضممتهم إليه ضاعوا ، وإن ضممتهم إلى جاعوا ، فما تـرى ؟ فقـال لها ما أراك إلا قد حرمت عليه ، فقالت يارسول الله : والله مـاذكر طلاقا وهو أبو ولدى ، وأحب الناس الى ، فجعل رسول اللـه صلـى الله عليه وسلم يعيد قوله : ماأراك إلا قد حرمت عليه ، وهى تكـرر قولها ، فمازالت تراجعه ويراجعها حتى نزل قوله تعالى ﴿ **قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى اللـه واللـه يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهـم ليقولـون منكـرا من القول وزورا وإن اللـه لعفو غفور ، والذين يظـاهرون مـن نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسـا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شـهرين متتـابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعـام سـتين مسكينا ..** ﴾(١) .

ويستبين من هذه الآيات أن الظهـار قبحـه الشـرع وحرمـه ونفر منه (٢) وأن المظاهرين يقولون كلاما منكرا ، تنكره الحقيقه وينكره الشرع ، وهو كذب وزور وبهتان ،لأن الزوجة لا تصير أبدا كـالأم فى التحريم ، وإذا كان الله عز وجل قد حرم الظهـار وعـاقب عليـه فإنـه بذلـك " أخرجـه مـن بـاب التصـرف إلـى بـاب الجريمـة ومـن بـــاب المباح إلى بـــاب المعاقب عليـــه "(٣) وعقوبة الظهار هى

---

(١) سورة المجادلة - الآيات ١-٤ ، وانظر فى سبب نزول الآيات الواردة فى المتن: تفسير بن كثير ج٤ ص ٣١٨ ، وحاشية الصاوى على الجلالين ج٤ ص ١٧٩ ، وتفسير الصابونى ج١٨ ص ٣٣٤ ، وتفسير الطبرى ج٦ ص ١٣٠ .

(٢) انظر فى تحريم الظهار تفصيلا : المهذب للشيرازى ج٢ ص ١١١ والمغنى لإبن قدامة ج٨ ص ٥٥٣ .

(٣) عودة - السابق ص ٢٧٠ .

كما وردت فى النص القرآنى .

أ- عتق رقبة مؤمنة سليمة صغيرة أم كبيرة ، ذكرا أم أنثى .

ب- صيام شهرين متتابعين .

جـ- إطعام ستين مسكينا .

وهى واجبة على الترتيب ، فالاعتاق أولا ، فإن عجز عنه فالصيام فإن عجز عنه فالإطعام ، والمعتبر فى العجز عند الجمهور(١) . وقت الأداء وعند الحنابلة (٢) وقت الحنث وقد طبقت آية الظهار بمافيها من أحكام على عبادة بن الصامت نفسه حين عجز عن عتق رقبة أمره الرسول صلى الله عليه وسلم بالصيام ، قالت أمرأته يارسول الله :إنه شيخ كبير مابه من صيام قال " فليطعن ستين مسكينا " .(٣)

ويرى بعض الفقه المعاصر (٤) أن هذه الكفارات من قبيل العقوبات ، وأنها طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص ، ومن ثم يكون لعقوبة الظهار أثر رجعى ، بينما ذهب بعض الفقه(٥) أن التخريج الذى ذهب إليه الرأى السابق تخريج غير صحيح لأن هذه الكفارات ليست جزاء على الظهار ذاته، وإنما هى ثمن للرجعة والحل ، وهما أمران لاحقان لنزول

---

(١) انظر : فتح القدير ج٣ ص٢٣٣ ومابعدها ، الشرح الصغير ج٢ ص ٦٤٥ ومابعدها ، وبداية المحتهد لابن رشد ج٢ ص١٢٧ ومابعدها ، والقوانين الفقهية لإبن جزى ص١٦١ ، ومغنى المحتاج ج٣ ص ٣٦٠ ومابعدها.

(٢) انظر : المغنى لإبن قدامة ج٨ ص ٦١٧ ومابعدها ، كشاف القناع ج٥ ص ٤٣٨ ومابعدها .

(٣) المغنى لابن قدامة ج٨ ص ٦٠٠ وانظر نيل الأوطار للشوكانى - السابق ج٦ ص ٢٥٨ .

(٤) الشيخ / عبد القادر عودة - المرجع السابق ص ٢٧٠ .

(٥) د. مختار القاضى - أصول القوانين ص١٩٠ .

الآيات التى تحلل الزوجة التى ظاهرها زوجها نظير هذه الكفارات، والشريعة كالقانون تبيح فى غير النصوص المنشئة أو المشددة للعقوبة أن يطبق النص بأثر رجعى متى نص المشرع على ذلك ، ومثال ذلك قوله تعالى فى الربا **﴿ وإن تبتم فلكمَ رؤوس أموالكم لا تظلمون ولاتظلمون ﴾** .(١)

ورغم وضوح وقوة المنطق الذى يقوم عليه هذا الرأى ،إلا أنه يصطدم دائما مع حقيقة يقينية وهى أن العقوبة قد تقررت على جريمة (واقعة) سابقة مما يقطع بأن الشريعة الإسلامية تجيز أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى بصرف النظر عما إذا كان هذا الأثر عقوبة أم شيئا آخر ، ومما يؤيد ذلك أن الرأى الثانى ذاته(٢) لم يجد بدا من الاعتراف بأن الشريعة الإسلامية تجيز تطبيق النص بأثر رجعى إذا اقتضى الصالح العام ذلك، مثل آيات تحريم نكاح الأمهات والبنات والجمع بين الأختين ، والزواج من أكثر من أربع، فإن هذه الزيجات قد تم التفريق فيها بين الزوجين فيما بعد ، ومع أن النص قد جاء فيه عبارة **﴿ إلاماقد سلف ﴾**- إلا أن تطبيق هذه العبارة ماكان يقتضى التفريق بين الزوجين فى العقود التى أبرمت سابقا،لأنها زيجات سابقة تدخل تحت الإباحة الواردة فى عبارة **﴿ إلا ماقد سلف﴾** ولكن التفريق قام على أساس آخر ، وهو أن هذه العقود وإن كانت سابقة إلا أن الصالح العام يقتضى تطبيق النص الجديد عليها ، وهو نفس ماقررته النظرية الحديثة فى التطبيق الزمانى للقوانين بما تضمنته من أثر فورى مباشر تجعل النص يسرى على كل الوقائع والتصرفات والمراكز القانونية اللاحقة لنفاذه .

---

(١) سورة البقرة – آيه رقم ٢٧٩ .

(٢) وهو مايقول به المرحوم الدكتور. مختار القاضى – المرجع السابق ص ١٩١ .

٧٣- الاستثناء الثانى :

سريان القانون الجنـــائى على المــاضى (رجعيــة التشـريع)إذا كان أصلح للمتهم :

سبق أن ذكرنا (١) أن القانون الجنائى الأصلح للمتهم يطبق عليه حتى لو صدر بعد ارتكاب الجريمة مادام لم يصدر حكم بات على المتهم ، وهذا هو الشأن بالنسبة للشريعة الإسلامية فى مجال النصوص الجنائية الأصلح للمتهم بأن كانت مخففه للعقوبة أو ماحية لها ، فتطبق بأثر رجعى دون أن ينص على ذلك (٢) ، وآية ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تتفاوت دماؤهم تفاوتا كبير تبعا لفضل كل فرد وقبيلة حينذاك ، وتبعا لذلك تباينت الديات حيث كانت دية الشريف ضعف دية الوضيع ، والمقتول من الشرفاء لا يجزئ فيه قتل قبيلة لا يكون لها مثل هذا الشرف ، وتحقيقا لإرساء قواعد العدل والمساواه بين الناس جميعا دون بغى أو عدوان نزل قول الله عز وجل ﴿ **يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيئ فاتباع بالمعروف وآداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم**﴾ (٣)، أى كتب عليكم القصاص أيها المؤمنون حركم بحركم وعبدكم بعبدكم وأنثاكم بأنثاكم، ولاتتجاوزوا وتعتدوا كما اعتدى من قبلكم وغيرواحكم الله فيهم ، وسبب نزول الآيه أن بنى النضيرقد غزت قريظه فى الجاهلية وقهروهم ، فكان إذا قتل النضرى القرظى لا يقتل به بل يفادى بمائة وسق من التمر، وإذا قتل القرظى النضرى قتل ، وإن فادوه فادوه بمائتىوسق من التمرضعف دية القرظى،فأمرالله تعالىبالعدل

---

(١) انظر بند ٥ من هذا البحث .

(٢) انظر د/ مختار القاضى – المرجع السابق ص ١٩١ .

(٣) سورة البقرة – آيه رقم ١٧٨ .

فى القصاص (١) .

وحينما نزلت هذه الآية وكان البعض يطالب البعض الآخر بدماء وجراح ألغت أحكام الجاهلية وسوت فى الحكم بين الناس وطبقت أحكامها على الأفعال الماضية - والتى لم يحكم فيها بحكم نهائى - دون نظر إلى ماكان من أحكام الجاهلية من التفاضل فى الدماء والجراح والمغالاه فيها ،(٢) مما يعنى أن للنص الجنائى أثر رجعى إذا كان فى تطبيق الأثر الرجعى مصلحة للمتهم مع ملاحظة أن التشريع الجديد إذا كان يبيح الفعل ، وجب عدم تنفيذ الحكم الذى صدر وفقا لأحكام التشريع القديم ، بل ويوقف تنفيذه إذا كان قد بدئ فى التنفيذ. (٣)

٧٤- الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى مبدأ عدم رجعية القانون الجنائى :

استبان لنا من عرض قواعد القانون الوضعى وأحكام الفقه الإسلامى فى مبدأ عدم رجعية القانون الجنائى :أن القانون الوضعى يكاد يتفق تماما مع الفقه الإسلامى فى هذا الصدد فكلاهما يتفق فى أن التشريع ينظم سلوك الأفراد فى المجتمع ، ومن ثم فإن من يلتزم السلوك الشرعى والقانونى يجب أن يطمئن إلى أنه لم يفعل أكثر من إطاعة التشريع ، ولا يعقل أن يأتى تشريع جديد ويحاسب الناس على ما اسلفوا وإلا كان ذلك عقابا لهم على من أطاع حكم التشريع كما أن عدم رجعية القانون الجنائى ضرورة لازمة لتحقيق العدالة بين الناس وتحقق استقرار المعاملات بينهم .

ويتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى على ضرورة النص الصريح على رجعية القانون الجنائى حتى يتمكن القاضى من تطبيقه ، كما يتفق كل من القانون الوضعى والفقه الإسلامى على

---

(١) تفسير بن كثير ج١ ص٢٠٩ وانظر تفسير الطبرى ج٢ ص٢٤٤ .

(٢) راجع د. مختار القاضى - المصدر السابق - الموضع السابق .

(٣) انظر الشيخ / عبد القادر عودة - السابق ص ٢٧٢ .

أنه يستثنى من مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية : القانون الأصلح للمتهم ويكون القانون أصلح للمتهم إذا كان يمحو الجريمة أو يخفف من عقوبتها ،أى أن حق الجماعة فى تقرير الجرائم والعقوبات عليها رهين بالصالح العام ، ويطبق القانون الجنائى الأصلح للمتهم مالم يصدر حكم نهائى فى الدعوى .

وبعد ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية تفضل القانون الوضعى فى هذا الصدد من عدة نواح :

١- الشريعة الإسلامية أسبق فى تقرير مبدأ عدم رجعية القانون الجنائى ،إذ أنها قررت هذا المبدأ منذ ثلاثة عشر قرنا بينما لم يستقر هذا المبدأ فى القوانين الوضعيه إلا فى القرن التاسع عشر بضوابطه الحالية والمنصوص عليها فى دساتير الدول المختلفة .

٢- يختلف أسلوب معالجة الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعى فى مجال الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية حيث إعتبر علماء الفقه الإسلامى أن التشريعات الإسلامية الجنائية المتعلقة بالصالح العام والآداب العامة إنما هى استثناء من ، قاعدة مبدأ عدم رجعية القانون الجنائى ، بينما يرى فقهاء القانون الوضعى أن القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب إنما هو استثناء من مبدأ عدم رجعية القانون بصفة عامة، وهو اختلاف فى المنهج لايترتب عليه أثر ذوبال .

المطلب الثانى
مدى رجعية التشريع الإسلامى فى مجال المعاملات المدنية
(تطبيقات لرجعية التشريع الإسلامى على سبيل الاستثناء)

٧٥- بيان وإيضاح :

سبق أن بينا أن القواعد الأصولية والنصوص المتناثرة فى كتب الفقه الإسلامى تقضى بعدم رجعية التشريع - كقاعدة عامة ، وتستند قاعدة عدم الرجعية إلى نصوص صريحة فى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهره ، وقواعد العدل والمنطق على النحو الذى بيناه فى حينه إلا أن الأحكام الفرعية المتناثرة فى كتب الفقه والتفسير وجد فيها مايمكن أن يشكل استثناءات على مبدأ عدم رجعية التشريع الإسلامى سواء كان ذلك صراحة أم دلالة مثل الأثر الرجعى للإجازة ، الأثر الرجعى لميراث المرتد ، الأثر الرجعى لتملك المضمونات ... الخ وهى تطبيقات للأثر الرجعى للتشريع الإسلامى استوجبته مصلحة العباد تارة ، أودرء مفسدة عنهم تارة أخرى ، ونحن نحاول فى هذا المطلب عرض أهم التطبيقات الفقهية للأثر الرجعى فى الشريعة الإسلامية ما استطعنا إلى ذلك سبيلا وذلك فى نطاق المعاملات المدنية (غير الجنائية) لأنه سبق لنا معالجة مبدأ عدم رجعية التشريع فى الفقه الإسلامى (فى غير المواد الجنائية) فى المبحث الأول من هذا الفصل ، ويبقى بعد ذلك أن نعالج الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ فى مجال المعاملات المدنية والأمثلة التطبيقية على ذلك فى البنود التالية .

٧٦- الأثر الرجعى للإجازة فى المعاوضات المالية :

الإجازة لاترد إلا على العقد الموقوف ، والعقد الموقوف هو ماصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية اصداره كعقد الفضولى ، وعقد الصبى غير المميز فيما يتردد بين

النفع والضرر وهو عقد صحيح غير نافذ عند جمهور فقهاء المسلمين من الحنفية والمالكية ورأى عند الحنابلة (١) ، وحكمه : أنه – أى العقد الموقوف –لاتترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه صاحب الشأن ، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل .

ومن القواعد المستقرة فى الفقه الإسلامى أن " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة "(٢) ، ومن ثم فإن إجازة العقد أو التصرف ممن له حق الإجازة يترتب عليها أثران :

أولهما : جعل التصرف (٣) نافذا بعد أن كان موقوفا .

ثانيهما : جعل الفضولى وكيلا يلتزم بحقوق التصرف .

ومحل بحثنا يتعلق ببيان بدء تاريخ نفاذ التصرف الموقوف بالإجازة ؟

والاجابة أن التصرفات التى لا تقبل التعليق بالشرط كعقود

---

(١) انظر حاشية بن عابدين ج٤ ص ١٠٤ ومابعدها البابى الحلبى بمصر . – بداية المجتهد ج٢ ص ٣٣٤ – والمغنى لابن قدامة ج٤ ص ١١٩ ومابعدها مسألة رقم ١٥٢٣ ط بيروت ، وهناك رأى يرى أن العقد الموقوف من أقسام العقد غير الصحيح – حاشية بن عابدين ج٤ ص ١٠٤،١٠٥ ، ومغنى المحتاج ج٢ ص١٥ والمجموع للنووى ج٩ ص ٢٨١ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ج٥ ص ١٥١ .

(٣) التصرفات الموقوفه كثيرة :أهمها : تصرف الصبى المميز فيما يتردد بين النفع والضرر فى المعاوضات – تصرف المحجور عليه للسفه – تصرف الفضولى – بيع المريض عينا من أمواله لبعض ورثته – العقد المشروط فيه الخيار – بيع أحد الوكيلين ماوكلا ببيعه بحضرة صاحبه – شراء المريض مرض الموت من وارثه– بيع الوارث التركة المدينة ..الخ ومن أراد الاستزادة فعليه الرجوع إلى كتب المطولات لخروج ذلك عن نطاق بحثنا انظر فيما سبق على سبيل المثال – رسالة الدكتور / عبد الرازق حسن فرج – العقد الموقوف – حقوق القاهرة ط ١٣٨٨ هـ ، ١٩٦٨ م .

المعاوضات المالية (١) . تنفذ من وقت إنشائها ، ومن ثم يكون للإجازة أثر رجعى ينسحب على الماضى (٢) لأن آثار هذه العقود لا تتراخى عنها (٣) ،و بالتالى تكون زوائد الشيئ وغلاته كالأجرة ونمائه المنفصل لمن وقع العقد له أى للمشترى - إذا أمضى العقد - لأن الملك ثبت له فالنماء المنفصل له ، والى هذا ذهب الحنابلة (٤) والمالكية (٥) فى رأى عندهم ، بينما ذهب الشافعية إلى أن للاجازة أثر رجعى - كالرأى السابق - إلا أنهم قرروا فى الأظهر عندهم أنه إن كان الخيار للبائع فملك المبيع وتوابعه له كلبن وأجره ، وكسب ، وإن كان الخيار للمشترى فالملك له ، وإن كان الخيار لهما " فموقوف فإن تم البيع بان أنه للمشترى من حين العقد والإ فللبائع "(٦).

ويستبين مما سبق رجحان رأى الشافعية لأنه يتفق وقواعد العدالة لأن غلة الشيئ تتبعه فإذا كان مملوكا للبائع كانت غلته له وإن كان مملوكا للمشترى كانت غلته له تبعا لما إذا كان الخيار للبائع أو للمشترى وأمضى العقد أو فسخه على النحو السالف ذكره.

أما إذا كان التصرف مما يصح تعليقه بالشرط كالطلاق ، والوكالة والحوالة فإنه لا يصير نافذا إلا من وقت الإجازة ،أى لا يكون له أثر رجعى لأن هذه التصرفات معلقة فى المعنى على

---

(١) ومن أمثلتها : البيع - الاجارة - الصرف - الصلح ... الخ .

(٢) انظر منهاج الطالبين للنووى ط ١٣٣٨هـ، - ١٩٢٠م ص٤١، والمغنى ج٤ ص ٣٥ ط ، بيروت .

(٣) انظر د/ وهبه الزحيلى - الفقه الإسلامى وأدلته ج٤ ص ١٧١ ط ١٩٨٩ م

(٤) يقول ابن قدامة " ان أمضيا العقد وقلنا الملك للمشترى ،أو موقوف فالنماء المنفصل له ".. (المغنى ج٤ ص ٣٦،٣٧ .

(٥) جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى ص١٨٠ مانصه "....وإن ولدت الأمه فى أمد الخيار فولدها للمشترى عند بن القاسم وقال غيره للبائع كالغلة فهى له " وانظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص ١٠٣ .

(٦) منهاج الطالبين - السابق ص ٤١،٤٢ ، وانظر: المهذب ج١ ص ٢٥٩ .

الإجـــــازة . (١)

٧٧- الأثر الرجعى لملكية الأموال الموصى بها :

من المقرر فى الفقه الإسلامى أن الوصية إذا احتاجت إلـى قبـول فإنهـا لا تثبـت إلا بـالقبول وبـه تـلزم الوصيـة بالاتفــاق ، وإن كــان الموصى قد عيـن ميعـادا للملكيـة تبتدئ بـه ، فإنهـا تبتـدئ مـن ذلـك الميعاد إذ أن شروط الموصى يجب احترامها ومراعاتها (٢) مادامت لاتخالف مقصدا من مقاصد الشرع ، أما إذا لم يعين الموصـى وقتـا لإبتـداء الملكيـة ثبتـت الملكيـة بالوفـاة مباشـرة إذا قبل الموصـى لـه الوصية عقب الوفاة ،أما إذا تراخى القبول عن الوفاة ، فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى وقت ثبوت الملكية على رأيين :

الرأى الأول : وإليه ذهب بعض الحنابلة (٣) وبعض المالكية (٤) أن الملكية تثبـت بـالقبول وتوجـد بـه ولا يسـتند وجودهـا إلـى ماقبلـه وذلك إذا كانت لمعين لأن القبول من تمام السبب ، والحكم لايقـدم سببه فتثبت الملكية بالقبول. (٥)

الرأى الثانى : وإليـــه ذهب الحنفيـــة (٦) والشافعيـة (٧) فى أظهر

---

(١) د. وهبة الزحيلى - المرجع السابق ص١٧١ .

(٢) انظر : فضيلة المرحوم الشيخ / محمد أبو زهرة - شرح قانون الوصية ص ٣٣ ط ١٩٥٠ م

(٣) المغنى ج٦ ص ٤٤١،٤٤٠ .

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ٣٦٩ وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٤ ص ٤٢٤ .

(٥) جاء فى المغنى ج٤ ص ٤٤٠ "ولا يملـك الموصـى لـه الوصيـة إلا بـالقبول فـى قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تمليك كال لمن هو مـن أهل الملك فيتعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ..."

(٦) الدر المختار ج٥ ص٤٦٠ ومابعدها والبدائع ج٧ ص ٣٣٢ .

(٧) انظر : مغنى المحتاج ج٣ ص ٥٤، ومنهاج الطالبين ص ٧٨ .

الأقوال عندهم :أن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى الموت في وجودها ،لأن الوصية بطبيعتها تصرف مضاف لما بعد الموت،فتنفيذ هذا التصرف يكون عند الموت ، والقبول قد ورد على هذا التصرف بهذا الوضع ، فالقابل قد قبل ملكا مضافا إلى وقت الموت (١)، فملكية المال الموصى به تبتدئ – وفقا لهذا الرأى – من وقت وفاة الموصى وإن كانت لا تثبت إلا بالقبول ، ومن ثم يكون لقبول الوصية أثر رجعي يستند إلى وقت الوفاة ، وهذا هو مانرجحه لأن ذلك هو ماقصده الموصى بوصيته . (٢)

وتأسيسا على ماتقدم تكون زوائد العين الموصى بها وغلته كنسل الحيوان وأجرة الدار ملكا للموصى له إذا حدثت بين الموت والقبول، وفقا لرأى الحنفية والشافعية – وهو ما نميل إليه – كما أن نفقات العين تكون على الموصى له (مالكها) لأن من له زوائد العين وغلاتها عليه نفقاتها ، وبذلك يستبين الأثر الرجعى لثبوت الملكية فى الوصية إذا تراخى القبول عن وقت الوفاة ، وهذا هو ما أخذ به القانون المصرى فى هذا الصدد .

٧٨- الأثر الرجعى لتملك المضمونات :

من القواعد الفقهية عند الحنفية "أن التخلية بين المشترى وبين المبيع قبض"(٣) ومن ثم فالقبض عند الحنفية هو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشترى برفع الحائل بينهما ، على وجه بمقتضاه يتمكن المشترى من التصرف فيه (٤) ويكون البائع بذلك قد سلم المبيع والمشترى قبضه ، وطرق تسليم المبيع كثيرة أهمها :

---

(١) الشيخ / محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص ٣٤ .

(٢) انظر: د. وهبه الزحيلى – ج٨ ص ٢٣ .

(٣) أنظر البدائع ج٥ ص ٢٤٤ ومابعدها .

(٤) انظر البدائع للكاسانى ج٥ ص ٢٤٤ الطبعة الأولى .

أ- التخلية :(القبض) على المعنى السابق (١) سواء كان البيع عقارا أو منقولا ، إلا المكيلات والموزونات فإن قبضها يكون باستيفاء قدرها كيلا أو وزنا . (٢)

ب- الإتلاف : فلو أتلف المشترى المبيع فى يد البائع صار قابضا للمبيع .

جـ- التعييب : وهو أن يحدث المشترى فى المبيع عيبا كأن يقطع اذنه أو يفقأ عينه .

د- وإيداع المبيع عند المشترى أو إعادته منه ، يصير المشترى بذلك قابضا .(٣)

هـ- ومن وسائل قبض المبيع : اختيار المشترى اتباع الجانى بالضمان : فلو جنى أجنبى على المبيع ، واختار المشترى أن يتبع الجانى بالضمان كان هذا الإختيار بمنزلة القبض عند أبى يوسف ، ويكون هلاك المبيع فى هذه الحالة على المشترى ، ويظل البيع صحيحا ويلتزم المشترى بدفع الثمن إلى البائع أن لم يكن قد دفعه .

وذهب محمد (أحد الصاحبين) إلى أن اختيار المشترى اتباع الجانى بالضمان : لا يعتبر قبضا للمبيع ، ويبقى المبيع فى ضمان البائع ، وتكون تبعه هلاكه عليه ، ويبطل البيع ويسقط حقه فى الثمن ، إذ أن الضمان - عنده متعلق بالعين لأن قيمة العين تقوم مقام العين ، والعين لو كانت قائمة - ولم تهلك بفعل الجانى - وهلكت قبل القبض ، كانت تبعة الهلاك على البائع فكذلك القيمة.(٤)

---

(١) ومثالها : مالو اشترى إنسان دارا من آخر ووقف فى داخلها أو قريبا منها بحيث يكون قادرا على إغلاق بابها ، فإن ذلك يسمى تسلما أو قبضا للدار - انظر رد المحتار على الدر المختار ج٤ ص ٤٤ ط البابى الحلبى .

(٢) انظر الشرح الكبير لإبن قدامة ج٤ ص ١١٥،١٢٠ وبداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص١٦٥ وانظر : المهذب للشيرازى ج١ ص٢٦٣ ط البابى الحلبى

(٣) انظر : البدائع ج٥ ص ٢٤٦ .

(٤) المرجع السابق - الموضع السابق .

أما أبو يوسف فيرى أن : اختيار المشترى اتباع الجانى بالضمان بمثابة تملك وقبض للشيئ المضمون (١) لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث الضمان ، فيصير كأن الجناية - على المبيع - حصلت بأمر المشترى. (٢)

وهكذا نرى أن المبيع إذا حدثت عليه جناية واختار المشترى اتباع الجانى بالضمان - لكون الجناية حدثت بإذنه وأمره ضمنا - اعتبر مالكا للمضمون بأثر رجعي على النحو السالف ذكره ويستند ملك المشترى للشيئ المضمون إلى وقت وجوب الضمان.(٣)

---

(١) البدائع - المرجع والموضع السابقان

(٢) د. وهبه الزحيلى - الفقه الإسلامى وأدلته ج٤ ص٤٢٠ .

(٣) ويلحق بذلك الخلاف الذى ثار بين الفقهاء فى مدى جواز الجمع بين قطع يد السارق وضمان المال المسروق إذا تلف أو هلك ، فيرى الحنفية :أنه إذا تلف المسروق فلا يجب على السارق غرم قيمته حيث لا يجتمع ضمان وقطع ، وقال المالكية إن كان السارق موسرا عند القطع وجب عليه القطع والغرم ، وإن كان موسرا سقط عنه الغرم تخفيفا عنه ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن القطع والضمان يجتمعان على السارق موسرا كان أم معسرا فيرد بدل المسروق لمالكه (مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا) فالقطع عندهم لا يمنع وجوب الضمان لإختلاف سبب كل منها ، اذ الضمان حق الآدمى . والقطع حق الله تعالى ، فلا يمنع أحدهما الآخر ومنشأ هذا الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية ، هو قاعدة تملك المضمونات عند الحنفية وهى "أن المضمونات تملك بالضمان ، ويستند الملك فيها إلى وقت وجوب الضمان " ومن ثم لا يجتمع عندهم قطع وضمان لأنه لو ضمن لملك المسروق واستند ملكه إلى وقت الأخذ فيحصل القطع فى تلك نفسه وهو لا يجوز ، بينما يرى الشافعية والحنابلة أن المضمونات لا تملك بالضمان فيخضع القطع والضمان لتعدد السبب ، ولا يستند الضمان - تبعا لذلك إلى وقت الأخذ ، وهذا هو ماذهب إليه بعض الفقه المعاصر (د. وهبه الزحيلى - السابق ج٦ ص ٩٦) ونحن نميل إلى ترجحية أيضا لإختلاف سبب وجوب كل من الضمان والقطع على النحو المبين .

٧٩- الأثر الرجعى لميراث المرتد عند أبى حنيفة وصاحبيه :

إذا مات المرتد على ردته أو قتل فإنه يبدأ بقضاء دينه وأرش جنايته ونفقة زوجته وقريبه ، لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها ، ومابقى من ماله يكون فيئا يجعل فى بيت المال ، وهذا هو مذهب المالكية (١) ، والشافعية (٢) والحنابلة وهو قول زيد من الصحابة.(٣)

وذهب أبو حنيفة (٤) وإحدى الروايتين عن أحمد (٥) وهو قول الثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين إلى . أن المرتد إذا مات أوقتل أو لحق بدار الحرب وترك ماله فى دار الإسلام : ورثه ورثته من المسلمين بالنسبة للمال الذى اكتسبه حال إسلامه ،أما ما اكتسبه فى حال ردته فيصيرفيئا يوضع فى بيت مال المسلمين ، وبذلك يكون ميراث المرتد - على هذا الرأى - له أثر رجعى يستند إلى الماضى ؟ فما اكتسبه المرتد حال إسلامه يورث لوجود الكسب قبل الردة ، فيكون للإرث أثر رجعى بالنسبة إليه ، فيتم التوريث على شرط توريث المسلم من المسلم ، أما ما أكتسبه المرتد حال ردته فيصير فيئا لزوال ملك المرتد عنه بالردة فلا يورث ، ومن ثم لا يكون " للإرث أثر رجعى بالنسبة لكسب الردة لعدم الكسب قبل الردة ".(٦)

---

(١) الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقى ج٤ ص ٣٠٥ طبعة البابى الحلبى ، وبداية المجتهد ج٢ ص ٣٨٦ .

(٢) منهاج الطالبين - السابق ص٧٦، ومغنى المحتاج ج٤ ص ١٤٢ ط البابى الحلبى

(٣) المغنى لابن قدامة ج١٠ ص٨١ .

(٤) انظر المبسوط للسرخسى ج١٠ ص ١٠١،١٠٢ الطبعة الأولى - مطبعة السعادة، الدر المختار ج٣ ص ٣٢٨ .

(٥) المغنى لابن قدامة -ج١٠ ص٨١ .

(٦) انظر : بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ٣٨٦ .

وذهب الصاحبان إلى القول : بأن مال المرتد إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب برثه ورثته سواء فى ذلك ما اكتسبه حال اسلامه وما اكتسبه حال ردته ،لأن المرتد أهل للملك عندهم - ولاتزول ملكيته عن أمواله بالردة (١)، ومن ثم تنتقل أمواله إلى ورثته بالموت ومافى حكم الموت ،" ويعتبر للتوريث أثر رجعى إلى ما قبل ردته ، فيجعل كأنه اكتسبه فى حال الإسلام ، فورثه ورثته منه حال الإسلام ، فينطبق شرط توريث المسلم من المسلم ".(٢)

٨٠- الأثر الرجعى لملكية الراهن ملك غيره إذا أدى ضمانه :

من القواعد المستقرة فى الفقه الإسلامى أنه لا يجوز لأحد رهن ملك غيره إلا بولاية عليه ، فإذا قام الراهن بتسليم مال غير مملوك له إلى المرتهن كان الراهن بذلك متعديا وغاصبا ، وكان الرهن موقوفا عند الحنفية على الإجازة (٣) باطل - عند جمهور الفقهاء(٤)، وإذا هلك الشيئ المرهون عند المرتهن ، ثم تبين أنه غير مملوك للمدين الراهن ، ولم يكن المرتهن عالما بذلك : فإن مالك

---

(١) انظر فى ذلك اللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغنى الميدانى والكتاب للقدروى - ط صبح بالقاهرة ج٤ ص١٥٠ ومابعدها ، فتح القدير ج٤ ص ٣٩٠ ومابعدها - ط مصطفى محمد بالقاهرة ، وتبيين الحائق للزيلعى ج٣ ص ٢٨٥، ٢٨٦ ط المطبعة الأميرية .

(٢) د. وهبه الزحيلى - المرجع السابق ص١٩١ وانظر فى ذلك تفصيلا المغنى ج١٠ ص٨٤ والقوانين الفقهية لابن حزى ص٢٥٩ وبداية المجتهد - السابق - الموضع السابق .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ، ج٦ ص ٨٣ ومابعدها .

(٤) "إذ أن المرتهن إذا قبض الرهن " فوجده مستحقا لزمه رده على مالكه والرهن باطل من أصله .." المغنى ج٤ ص ٤٤٤ ، وانظر بداية المجتهد ج٢ ص ٣٠٤ ، ومنهاج الطالبين ص ٤٨ .

الشيئ المرهون يكون بالخيار بين أن يضمن الراهن قيمته ، أو يضمن المرتهن ، لأن كلاهما متعد فى حق المالك المستحق (١) ووجه تعدى الراهن : استيلاؤه على المال المرهون بدون حق وتسليمه للدائن المرتهن ، ووجه تعدى المرتهن قبض المال المرهون من الراهن غير المالك .

وتأسيسا على ما تقدم : إذا ضمن مالك الشيئ الراهن : كان هذا الضمان سببا لصيرورة المرتهن مستوفيا لدينه بقدر قيمة الرهن لهلاك الرهن فى يده " لأن الراهن قد ملكه إذا أدى ضمانه ملكا مستندا إلى وقت استيلائه عليه بغير حق قبل عقد الرهن ، فيصبح راهنا مايملك ، ثم يصير المرتهن مستوفيا لدينه بالهلاك . عنده إذا كانت قيمته مساوية لدينه أو أكثر وإلا فبقدر قيمته "(٢) وعلى ذلك تكون ملكية راهن ملك الغير مستندة إلى أثر رجعى هو وقت استيلاء الراهن على المال الغير مملوك له وتسليمه إلى المرتهن بغير وجه حق فى حالة ما إذ ضمن المستحق (المالك) الراهن ، إذ يصير الراهن مالكا من وقت ذلك الضمان وهو بلا شك يكون مالكا بأثر رجعى على الوجه السابق ذكره .(٣)

---

(١) انظر : البدائع للكاسانى - السابق ج٣ ص٢٣٦، وتبيين الحقائق ج٦ ص ٨٣ ومابعدها

(٢) د/ وهبه الزحيلى - السابق ج٥ ص ٢٣٣ -٢٣٤ .

(٣) ويلحق بذلك الأثر الرجعى لتملك الراهن الشيئ المرهون المستحق لغيره بأدائه الضمان من وقت الاعتداء ، وبيان ذلك أن الرهن موجودا وإذا كان مالكا عند الاستحقاق : فإن المستحق يكون بالخيار :إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن العدل (العدل هو من يثق الراهن والمرتهن بأن يكون الرهن فى يده لحفظه وحيازته) فإن ضمن الرهن نفذ البيع ، وصح الوفاء لأنه صار مالكا للشيئ المرهون (العين المرهونه) بأدائه الضمان ، وهذا الملك له أثر رجعى يستند إلى وقت التعدى (انظر فيما سبق : الدرر المختار ج٢ ص ٣٥٩ ومابعدها ، تكملة فتح القدير ج٨ ص ٢٢٣،د/ وهبه الزحيلى - السابق ج٥ ص ٢٧٩، ٢٨٠ .

٨١- الأثر الرجعى لتملك المغصوب بالضمان(١) :

الغاصب يملك العين المغصوبة بضمانها (أى بدفع قيمتها عند الحنفية (٢) ، وهذا الضمان يكون من وقت وجود الغصب لا من وقت الضمان ، ومن ثم يكون لضمان المغصوب أثر رجعى يستند إلى وقت الغصب حتى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد هو المالك ، ويترتب على هذا المبدأ أن تصرفات الغاصب فى المغصوب بالبيع ، أو الإجارة ، أو الهبة تكون نافذة كما تنفذ تصرفات المشترى فى الشئ الذى اشتراه شراء فاسدا .

وذهب الشافعية والحنابلة (٣) إلى أن الغاصب لا يملك العين المغصوبة بضمانها، ومن ثم لا تثور مشكلة الأثر الرجعى فى ضمان المغصوب ،إلا أنهم يتفقون مع فقهاء الحنفية فى أن المغصوب إذا تلف أو هلك فى يد الغاصب كان عليه رد أقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف ، هذا إذا كان المغصوب مثليا (٤) أما إذا كان قيميا (٥) وجب رد أقصى قيمة له من وقت

---

(١) الغصب : هو الاستيلاء على مال الغير عدوانا - منهاج الطالبين للنووى السابق ص٦١ ، مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٧٥، والمغنى لابن قدامة ج٥ ص٣٧٤ وانظر تفصيلا فى تعريف الغصب عند الحنفية والمالكية تكملة فتح القدير ج٧ ص ٣٦١، والشرح الكبير للدرديرى ج٣ ص ٤٤٢ ، والقوانين الفقهية لابن جزى ص ٢١٦ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسى ج١٦ ص١٥ ، والبدائع ج٧ ص ١٥٢ ومابعدها .

(٣) منهاج الطالبين ص٦٨ ، مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٧٧ والمغنى ج٥ ص٣٧٦ ومابعدها .

(٤) المثلى من الآعيان : هو مايوجد له فى الأسواق مثيل لايتفاوت عنه تفاوتا يلتفت إليه ، مثل المنسوجات ، والزيت والسكر ، والبيض والجوز المتحدة نوعا وصنفا وجودة .

(٥) القيميات : هى مالامثيل له فى الأسواق ومثالها : الحيوانات ، والسيارات ، والعمارات ...الخ (انظر - المغنى السابق ج٥ ص ٤١٧،٣٧٦).

الغصب الى وقت التلف ، وهنـا يكون للحكم علـى الغـاصب بقيمـة المغصـوب أثـر رجعـى يستند إلـى المـاضى حسـب أقصـى قيمـة للمغصوب على النحـو السـابق وهـو حكـم يتفق وقواعد العدالـة ، وقاعدة " الغرم بالغنم " وقاعدة " الخراج بالضمان ".(١)

٨٢- الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فـى الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعيـة التشـريع فى المعاملات المدنية :

باستعراض التطبيقات المختلفة لمبدأ الأثـر الرجعـى للتشـريع فـى الفقـه الإسـلامى فـى المعـاملات الماليـة نلاحـظ أن قواعـد الفقـه الإسلامى تجيز تطبيق أحكامـه علـى وقـائع ماضيـة ، أى أن الحكم يطبق بأثر رجعى - كالقانون الوضعـى تمامـا - وذلك فـى حـالات استثنائية ضابطها " مراعـاة المصـالح الإنسـانية المعتـبرة " وهـذه المصـالح لا تخـرج عن جلب المنفعـة أو دفـع المضـرة فـى حـدود المحافظة على مقاصد الشريعة ، ومن هنا كان أساس مبدأ الرجعيـة فى الفقه الإسلامى هو نفس الأساس الـذى يقوم عليـه ذات المبـدأ - على سبيل الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية - فى القوانين الوضعيـة، فكلاهما يرى ضرورة تحقيق التـوازن بيـن مصلحـة الجماعـة وبيـن ضرورة استقرار المعاملات وهو ما يقتضى تطبيـــق التشريع بأثر

---

(١) " الخراج بالضمـان " حديث صحيح رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسـائى وابن حبان من حديث عائشة رضى الله عنهـا ، وفى بعض طرقـه ذكر السبب وهو أن رجلا اشترى غلاما فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكـان عنده ماشاء الله ثم رده من عيب وجده ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم برده بالعيب ، فقال المقضى عليه : قد استعمله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الخراج بالضمان " وهذا الحديث من جوامع الكلم ولا يجوز نقلـه بـالمعنى ولشهرته أصبح لفظه يمثل قاعدة شرعية عند مختلف العلماء ، انظر فيمـا سبق : سبل السلام ج٣ ص٣ ط دار الاسـكندرية الأشباه، والنظـائر لإبن نجيم ص١٧٥ الطبعـة الأولـى ١٤٠٣هــ- ١٩٨٣م والاشـباه والنظـائر للسـيوطى ص ١٣٥ ط ١٩٥٩ .

رجعى استثناء تحقيقا لهذا التوازن ، وإن كان أساس هذا التوازن (جلب المصلحة أودرء المفسدة) كان أكثر وضوحا وأدق تحديدا منه فى الشريعة الإسلامية عنه فى الفقه الإسلامى ، وكلاهما يتفق أن " رجعية التشريع " إنما هو استثناء على المبدأ العام ،ألا وهو مبدأ عدم الرجعية .

وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون ، فإن الشريعة الإسلامية جاءت أحسن منهجا وأدق منطقا من القوانين الوضعية إزاء معالجة رجعية التشريع على سبيل الاستثناء فى نطاق المعاملات المدنية " المالية " وذلك على النحو التالى :

أ- كان للفقه الإسلامى منهجه المستقل فى بيان حالات " الرجعية " وبين أن رجعية التشريع أمر تستوجبه " المصلحة " ومن ثم كانت هذه الرجعية متناثرة فى أبواب الفقه الإسلامى حسبما تقتضيه المصلحة ، بينما لجأ فقه القانون الوضعى وتشريعاته إلى إيجاد حلول فقهية وتشريعية لمشاكل محددة فى مختلف القوانين ، كقوانين المرافعات - والقوانين الضريبية - وقانون الإثبات - والقوانين المدنية ..إلخ ، ومن هنا كانت هذه الحلول فى القوانين الوضعية قاصرة عن معالجة بعض المشاكل التى قد تستحدث ويفرزها النظام الإجتماعى المتطور .

ب- الفقه الإسلامى كان أوسع نطاقا من القانون الوضعى فى " رجعية التشريع " لأنه أورد تطبيقات " الرجعية " فى مجالات المعاملات المدنية المالية كالأجارة والمواريث (ميراث المرتد) والغصب (تملك المضمون من وقت الغصب) والخيارات فى العقد ..إلخ . وهى مجالات جاءت على سبيل الاسترشاد لا الحصر حتى لا يضيق نطاق الرجعية مما يؤدى إلى ضرر المتعاملين ، ونزولا على قاعدة "لا ضررولا ضرار " التى لا تخضع لهذا الحصر .. بينما جاءت معالجة القوانين الوضعية لاستثناءات الرجعية محددة ومحصورة مما جعلها تضيق عن استيعاب بعض المشاكل القائمة بالفعل .

جـ- يتفق فقهاء القانون الوضعى على :أن الاستثناءات الواردة على مبدأ عـــدم رجعية القوانين - ســــواء فى ذلك أنصار النظرية

التقليدية أو أنصار النظرية الحديثة هى : القانون الأصلح للمتهم، والقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب ، والقوانين التفسيرية ، والنص الصريح على الرجعية ، والشريعة الإسلامية لم تعرف من هذه الاستثناءات إلا القانون الأصلح للمتهم – على خلاف بين الفقهاء فى ذلك – والقوانين المتعلقة بالنظام (الصالح) العام والآداب ،أما القوانين التفسيرية ،فإن الأمر المستقر عليه فى الفقه الإسلامى "أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد "إلا فى " حالات نادرة " ومن ثم فالقوانين التفسيرية (الاجتهاد الجديد) لا يكون لها أثر رجعى فى الفقه الإسلامى ، كما أن النص على الرجعية ليس له مجال فى الفقه الإسلامى على أساس أن المشرع الأصلى هو الله عز وجل سواء أكان ذلك عن طريق القرآن الكريم ، أم السنة النبوية بالوحى إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ، ومن ثم فلا نص على الرجعية بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، وينحصر النص على الرجعية – بعد ذلك فى اجتهادات الفقهاء التى تقتضيها المصلحة (فى غير الأحكام التعبدية والمقدرات) وهو أمر يندرج تحت باب " الاجتهاد" كمصدر من مصادر التشريع ولا يسمى نصا على الرجعية .

د- لاتعرف الشريعة الإسلامية المصطلحات القانونية السائدة فى معالجة " مبدأ عدم رجعية التشريع " والاستثناءات الواردة عليه مثل : النظرية التقليدية – النظرية الحديثه – مبدأ الأثر الفورى المباشر للقانون الجديد ، الأثر المستمر للقانون القديم – وهو أمر لا ينقص من قدر الفقه الإسلامى ،إذ أن لهذا الفقه منهجه المستقل فى معالجة القضايا التى تستلزم المعالجة على النحو السالف بيانه فى حينه ، ولأن كلامن الفقهين يختلف عن الآخر فى الخصائص والطبيعة والآثار ، ومن ثم يبقى للفقه الإسلامى طابعه الخاص ومنهجه المستقل فى معالجة الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية التشريع " فى المعاملات المدنية المالية .

تم البحث بعون الله وتوفيقه

دكتور/اسماعيل عبد النبى شاهين

ثبت المراجع

أولا :-أهم مراجع الفقه الإسلامى وأصوله مرتبة هجائيا بحسب اسم المرجع وشهرته .

أ- القرآن الكريم .

ب- من كتب التفسير وعلوم القرآن :

١- تفسير الفخر الرازى المسمى : مفاتيح الغيب والمشتهر بالتفسير الكبير للإمام محمد الرازى فخر الدين بن ضياء الدين الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية ١٣٠٧ هـ .

٢- تفسير القرآن العظيم للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى الشافعى المتوفى عام ١٣٧٤هـ طبعة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

٣- روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى للعلامة أبى الفضل شهاب الدين السيد محمد الألوسى البغدادى المتوفى عام ١٢٧٠هـ ، طبعة بيروت - الناشر المركز الإسلامى للطباعة والنشر .

٤- جامع البيان فى تأويل القرآن للإمام المحدث أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى عام ٣١٠هـ طبعة - بيروت - الناشر - دار المعرفة ، ط بولاق ١٣٢٨هـ .

٥- الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرج الأنصارى الخزرجى الأندلسى القرطبى المتوفى عام ٦٧١هـ ، طبعة الشعب .

٦- صفوة التفاسير للشيخ / محمد على الصابونى - طبعة دار الرشيد - حلب .

٧- المنتخب فى تفسير القرآن الكريم - طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٣٨٢ هـ .

جـ- من مراجع الحديث النبوى الشريف وعلومه .

١- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى عام ٤٥٨هـ ، طبعة دار الفكر .

٢- سبل السلام للإمام محمد بن اسماعيل الكحلانى الصنعانى المعروف بالأمير مع شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد بن حجر الكنانى العسقلانى القاهرى (٧٧٢-٨٥٢هـ) طبعة ١٣٧٩هـ-١٩٦٠م .

٣- صحيح البخارى لأبى عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البردزية البخارى الجعفى المتوفى عام ٢٥٦هـ طبعة عيسى البابى الحلبى .

٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل ، ط المكتب الإسلامى - بيروت .

٥- نيل الأوطار - شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى عام ١٢٥٥هـ ، طبعة - مطابع المختار الإسلامى - نشر مكتبة دار التراث .

د- من مراجع أصول الفقه

١- الأحكام فى أصول الأحكام للشيخ/ العلامة سيف الدين أبى الحسن على بن أبى على بن محمد الآمدى - طبعة محمد على صبيح .

٢- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - تأليف محمد بن على الشوكانى - الطبعة الأولى - البابى الحلبى .

٣- المستصفى فى علم الأصول للإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى - طبعة المطبعة الأميرية ببولاق ١٣٢٢هـ .

هـ- من مراجع المذاهب الفقهية

من مراجع الفقه الحنفى :

١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى المتوفى عام ٧٤٣هـ - الطبعة الأولى .

٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى المتوفى عام ٧٤٣هـ - ط المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٥ هـ .

٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين - الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م .

٤- الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان مطبوع مع حاشية بن عابدين سالفة البيان .

٥- فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المتوفى عام ٦٨١هـ - طبعة مصطفى محمد بالقاهرة .

٦- اللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغنى الميدانى ، والكتاب للقدورى طبعة محمد على صبيح بالقاهرة.

٧- المبسوط للإمام أبى بكر شمس الدين محمد بن سبل السرخسى الحنفى طبعة مطبعة السعادة ١٣٣٤هـ .

٨- الهداية شرح بداية المبتدى لشيخ الاسلام برهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى - طبعة مصطفى محمد بالقاهرة .

من مراجع الفقه المالكى :

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضى أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الأندلسى الشهيرب- "ابن رشد الحفيد" المتوفى سنة ٥٩٥هـ - طبعة ١٩٨٢ م .

٢- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧٩٩هـ- الطبعة الأولى ١٣٠١هـ .

٣- حاشية الدسوقي - على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي - طبعة البابي الحلبي ١٢١٩هـ .

٤- الشرح الكبير للعلامة أبي البركات أحمد الدردير (مطبوع مع حاشية الدسوقي) - طبعة البابي الحلبي ١٢١٩هـ .

٥- الشرح الصغير لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير على مختصره المسمى " أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك " ط دار المعارف بمصر .

٦- الفروق للإمام أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي - الطبعة الأولى ١٣٤٦ هـ .

من مراجع المذهب الشافعي :

١- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ/ محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ - ط البابي الحلبي .

٢- المجموع لأبي زكريا يحي بن شرف النووي - طبعة مطبعة إدارة الطباعة المنيرية .

٣- المهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز بادي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ - طبعة مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ- ١٩٥٩م .

٤- منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه للإمام أبي زكريا يحي شرف النووي الشافعي - طبعة دار إحياء الكتب العربية (عيسى البابي الحلبي) ١٣٨٨هـ- ١٩٢٠م.

٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤هـ طبعة المطبعة البهية المصرية .

من مراجع الفقه الحنبلى :

١- كشاف القناع على متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى - طبعة مطبعة الحكومة بمكة .

٢- المغنى للعلامة محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ومعه الشرح الكبير على متن المقنع للإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسى ، وكلاهما على مذهب أبى عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى - طبعة بيروت - الناشر دار الكتب العلمية .

من مراجع المذهب الظاهرى :

١- المحلى للإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم - ط بيروت (دار الجيل - دار الآفاق الجديدة بيروت).

و- من كتب القواعد الفقهية .

١- الاشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان - تأليف الشيخ زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفى تحقيق محمد مطيع الحافظ - ط ١٤٠٣هـ -١٩٨٣ م .

٢- الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى - طبعة ١٣٧٨هـ- ١٩٥٩ م .

٣- القوانين الفقهية أو قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزى المالكى الغرناطى - ط بيروت الناشر - المكتبة الثقافية .

ز- **من المؤلفات الحديثة فى الفقه الإسلامى مرتبة هجائيا بحسب اسم المؤلف .**

١- د. أبو السعود عبد العزيز موسى - أصول الأحكام الإسلامية - طبعة ١٩٩٣ .

٢- فضيلة المرحوم الأستاذ الدكتور / زكى الدين شعبان- أصول الفقه الإسلامى - الطبعة الثالثة - دار التأليف .

٣- فضيلة المرحوم الشيخ/ عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه - الطبعة الثامنة .

٤- فضيلة المرحوم الشيخ / عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى - ط ١٩٨٥م .

٥- فضيلة المرحوم الشيخ / محمد أبو زهرة - شرح قانون الوصية - طبعة ١٩٥٠ م .

٦- فضيلة المرحوم الاستاذ الدكتور / محمد سلام مدكور - المدخل للفقه الإسلامى - ط دار الكتاب الحديث - الكويت .

٧- د. وهبة الزحيلى - الفقه الإسلامى وأدلته - الطبعة الثالثة - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩ م .

ثانيا :أهم المراجع والكتب القانونية مرتبة هجائيا بحسب اسم المؤلف .

١- د. أحمد عبد الرزاق السنهورى ،د. أحمد حشمت أبو ستيت - أصول القانون - طبعة ١٩٥٢ م .

٢- د. أحمد أبو الوفا - المستحدث فى قانون المرافعات الجديد طبعة ١٩٦٨ .

٣- د. أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون - طبعة ١٩٨٢م .

٤- د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية ١٩٨١م .

٥- د. ثروت أنيس الأسيوطى - مبادئ القانون - طبعة ١٩٧٤م .
٦- د. حسام الدين الأهوانى - نظرية القانون - طبعة ١٩٨١م.
٧- د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - الطبعة الخامسة ١٩٧٤ م .
٨- د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائى - الطبعة الثانية ١٩٧١ م.
٩- د. السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة فى قانون العقوبات - طبعة ١٩٥٢ م .
١٠- د. سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى - المدخل للعلوم القانونية - الجزء الأول طبعة ١٩٨٧م.
١١- سمير عبدالسيد تناغو - النظرية العامة للقانون - طبعة ١٩٧٣م.
١٢- د. شمس الدين الوكيل - مبادئ القانون - طبعة ١٩٦٥م ؛طبعة ١٩٦٨ م.
١٣- د. عباس الصراف ،د. جورج حزبون - المدخل إلى علم القانون - الطبعة الثانية ١٩٩١م .
١٤- د. عبد الرازق حسن فرج - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون طبعة ١٩٨٣ .
١٥- د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير - المقدمات الممهدات لدراسة القانون - طبعة ١٩٨٣ م .
١٦- د. عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية القانون - طبعة ١٩٦٠م .
١٧- د. عبد الفتاح الصيفى - النظرية العامة للقانون الجنائى - طبعة بيروت ١٩٧٢ م.
١٨- د. عبد المنعم فرج الصدة - مبادئ القانون - ط ١٩٨٢م.
١٩- د. عبد المنعم البدراوى - مبادئ القانون - طبعة ١٩٨٢م.

٢٠- د. عبد الناصر توفيق العطار - مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية - طبعة ١٩٧٩ م .

٢١- د. عبد الحى حجازى - نظرية القانون- طبعة ١٩٧٢ م .

٢٢- د. عبد الودود يحي - دروس فى مبادئ القانون - طبعة ١٩٨٢ - ١٩٨٣ م.

٢٣- د. لاشين محمد يونس الغاياتى، المدخل للعلوم القانونية - ط ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

٢٤- د. محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - الباب التمهيدى - طبعة ١٩٥٤ م .

٢٥- د. محمد على إمام - محاضرات فى نظرية القانون - ط ١٩٥٤م .

٢٦- د. محمد مختار القاضى - أصول القانون - ط ١٩٦٧م.

٢٧- د. محمود جمال الدين زكى - دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - الطبعة الثانية ١٩٦٩ م .

٢٨- د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية عامة للجريمة - ط ١٩٦٢م .

٢٩- د. منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم - القانونية - ط ١٩٦٩ م.

٣٠- د. نعمان خليل جمعة - المدخل للعلوم القانونية - طبعة ١٩٧٧ م.

ثالثا : من الرسائل العلمية :

١- شرعية الجرائم و العقوبات فى الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالقانون الوضعى - رسالة من كلية الشريعة بالقاهرة عام ١٩٨٠ (على الآمة الضاربة) للدكتورخالد عبد الحميد فراج .

رابعا :من البحوث والمقالات :

١- مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة - للمرحوم الأستاذ الدكتور / أحمد عبد الرزاق السنهورى - بحث منشور فى مجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - العدد الأول يناير سنة ١٩٥٢ م .

٢- التنازع الزمانى لقوانين المرافعات للسيد الأستاذ الدكتور / أحمد أبو الوفا - بحث منشور فى مجلة الحقوق - السنة الخامسة عشرة - العدد الأول ١٩٦٦ م .

٣- مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان ، للسيد الأستاذ الدكتور/ حسن كيرة - بحث منشور فى مجلة الحقوق السنة السابعة - العددان الثالث والرابع ١٩٥٨م .

٤- تطبيق القانون المدنى من حيث الزمان ، للأستاذ / ضياء شيت خطاب - مطبوع على نفقة نادى المحامين بالموصل عام ١٩٥٣م.

٥- الأثر الرجعى لقانون المجالس الحسبية الجديد للأستاذ الدكتور/ عبد الفتاح السيد - بحث منشور فى مجلة المحاماه - السنة السابعة .

٦- تنازع القوانين فى الزمان للأستاذ / مصطفى كامل يس ، بحث منشور فى مجلة الأحكام القضائية - بغداد - المجلد الأول - العدد الخامس .

خامسا : من الدوريات والأحكام :

١- مجلة المحاماة التى تصدر عن نقابة المحامين المصرية .

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى .

٣- مجموعة أحكام النقض المدنى التى يصدرها المكتب الفنى بمحكمة النقض المصرية .

٤- مجموعة عمر (محمود عمر) لأحكام محكمة النقض المصرية .

٥- مجموعة أحكام النقض الجنائى التى يصدرها المكتب الفنى بمحكمة النقض المصرية .

٦- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا .

٧- لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية .

سادسا : من المراجع الأجنبية باللغه الفرنسية

1- Aubry et Rau: par Bartin .

Mazeaud (h.l.et. j.) : leçons de droit civil,t.1,1956 .

2- Bekaert : introdection a' l' etude du droit, 1964 .

3- Beudant : le droit inviduel et l' Etat 3 emé éd , paris 1920 .

4- Capitant , (h), colin et De la morandière cours élémentaire de droit civil français , T .1,11 éme ed , 1947.

5- Carbaonnier : Droit civil,t.1, introduction . 1982 .

6- Dupeyrox (jean jacques) contridution á la Théorie jéneral de l' acte a titre gratuit, paris,1954 .

7- Duguit : traité de droit constitutionnel éd , 1927 .

8- Esmein , cours de droit civil approfondi et compare ' 1943 -1944 .

9- Roubeier : les conflits de lois dans le temps, théorie de la non rétroactivité des lois t.1 1929, t. 11 . 1944 .

10- Ripert et poulanger : traité de droit civil d' aprés le traité de planiol , t.1, 1956 .

11- Marty et Raynaus : Droit civil,t,1 1959 .

12- Messina s : traite' de droit civil égyptien mixte, t.1, Alexandrie. 1927 .

13- O.Dupeyroux : la regle de la non - rétroactivité des actes administratifs, thése , taulouse , 1954 .

14- varéilles - sommières : une théorie nouvelle surla rétroactivite des lois Rev. crit de leg . et jurisprudence , 1933.

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

نبذة	الموضوع	الصفحة
٦٤-	المثال الأول : تحريم نكاح زوجة الأب	١٥٨
٦٥-	المثال الثانى : عقوبة الزنا	١٥٩
٦٦-	المثال الثالث : عقوبة السرقة	١٦١
٦٧-	المثال الرابع : عقوبة قتل الصيد فى حال الإحرام	١٦١
٦٨-	المثال الخامس : عقوبة الربا	١٦١
٦٩-	المثال السادس : عقوبة شرب الخمر ولعب الميسر	١٦٢
٧٠-	المثال السابع : نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم	١٦٣
	الفرع الثانى الاستثناءات الواردة على عدم رجعية القانون الجنائى	١٦٥-١٧٦
٧١-	تمهيد	١٦٥
٧٢-	الاستثناء الأول : سريان القانون الجنائى على الماضى إذا كان متعلقا بالنظام العام والآداب	١٦٥
٧٣-	الاستثناء الثانى : سريان القانون الجنائى على الماضى إذا كان أصلح للمتهم	١٧٤
٧٤-	الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى مبدأ عدم رجعية القانون الجنائى	١٧٥

رقم الإيداع : ١٩٩٥/٥٥٤٨
الترقيم الدولى
I.S.B.N.
977-04-1392-5

أورفوا للطباعة بكفر الشيخ